

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

CONDITION JURIDIQUE

DES

ÉDIFICES PUBLICS

ÉGLISES ET CIMETIÈRES

ENVISAGÉS AU POINT DE VUE DE LA DOMANIALITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue

Le Samedi 27 Mai 1899, à 8 heures 1/2

PAR

PAUL VAISSIÉ

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

CONDITION JURIDIQUE

DES

ÉDIFICES PUBLICS

ÉGLISES ET CIMETIÈRES

ENVISAGÉS AU POINT DE VUE DE LA DOMANIALITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le samedi 27 mai 1899, à 8 heures 1/2

PAR

PAUL VAISSIÉ

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Président : M. WEISS.

Suffragants : { MM. CHÉNON,
PILLET, } *professeurs.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE ET MA MÈRE

A MA TANTE

A MON ONCLE LE D^r ÉMILE REY

A MON COUSIN JULES VAISSIÉ

INTRODUCTION

L'architecture, cet art complexe qui, dans ses périodes de plein et entier épanouissement, procède à la fois du dessin, de la peinture et de la sculpture, était contenue en germe dans les plus lointaines aspirations des peuples primitifs. Née, semble-t-il, avec l'humanité, elle s'est promptement développée avec celle-ci, précédant dans la voie du progrès toutes les autres manifestations du beau. Le secret d'une évolution aussi rapide et aussi universellement constatée ne doit pas être cherché, à notre avis, dans le désir si naturel cependant d'embellir et d'augmenter les demeures privées, on en trouverait plutôt l'explication dans ces besoins supérieurs de réunion et de prière qui, dès les premiers âges, ont couvert le monde barbare, de temples, de cirques, de stades aux formes grandioses et souvent harmonieuses. La destination même de ces édifices l'exigeait ainsi.

Quelles que soient, au surplus, les causes véritables de cette transformation sur laquelle nous ne pouvons insister plus longuement, une chose est indiscutable : c'est que l'architecture apparaît à toutes les époques, en tous lieux, comme l'art national par excellence. Elle occupe à ce point de vue une place absolument à part. Bien que laissant libre carrière à l'initiative inventive et créatrice des constructeurs, bien que permettant à l'auteur du plan de

donner à son œuvre un cachet d'originalité et une physiologie particulière, en fait, elle va puiser la plupart de ses inspirations aux sources les plus profondes, les plus intimes du génie national et constitue, sans doute à cause des besoins multiples qu'elle est appelée à satisfaire, le reflet fidèle de l'état des mœurs, des sentiments et des conceptions en cours. L'influence du milieu sur le travail de l'artiste est prépondérante. On peut mesurer l'intensité de la vie publique chez un peuple, le degré de civilisation auquel il est parvenu et, dans une certaine mesure, déterminer la direction générale de ses tendances politiques, civiles ou religieuses à l'aide des monuments qu'il construit. Ceux-ci, en effet, par mille liens, par les souvenirs qu'ils évoquent, par les grands événements dont ils perpétuent la mémoire, par les efforts et les sacrifices qu'ils ont coûtés, se rattachent étroitement à l'histoire du pays où ils ont été édifiés et restent à l'état de ruines le signe et le témoignage irrécusables de sa puissance dans le passé en même temps qu'un ample sujet d'études et qu'un enseignement pour les générations à venir.

Quelques-uns d'entre eux, les véritables chefs-d'œuvre remarquables par leurs qualités architecturales, forment pour le sol qui les supporte une parure d'un éclat et d'une richesse incomparables, mais sont encore précieux à bien d'autres titres. Accessibles à tous les regards, à toutes les curiosités, constamment visibles aux yeux de tous, par cela même, ils contribuent puissamment à élever le niveau intellectuel de la nation et exercent sur celle-ci une salutaire influence en donnant à la masse le culte du beau, le goût des choses de l'art. En un mot, ces monuments constituent dans leur ensemble, sinon le principal élément de la fortune publique, à coup sûr l'un de ceux dont la

bonne administration, dont la sauvegarde intéressent le plus vivement la collectivité tout entière et doivent être assurées contre les entreprises des particuliers et contre la négligence des pouvoirs publics.

Certains édifices méritent cependant d'attirer l'attention d'une manière toute spéciale. Ce sont les constructions diverses, même dépourvues de valeur artistique, bâtiments ou autres, appartenant soit à l'État, soit à des personnes morales administratives plus ou moins incorporées à ce dernier, qu'une affectation régulière à un besoin d'intérêt général signale à la sollicitude du législateur, parce qu'elle en double le prix et interdit de n'envisager, en ce qui les concerne, que leur utilité intrinsèque et leur importance patrimoniale. La langue du droit comme le langage courant leur réservent le nom générique d'édifices publics ; c'est à eux, que nous faisons allusion dans le titre de notre travail, ce sont les seuls dont nous ayons à nous occuper ici.

Nous allons avoir à examiner si la législation française n'a pas failli à la tâche qui lui incombait, si elle a pris toutes les précautions nécessaires. A l'égard de quelques-uns de ces édifices, il semble que l'on puisse répondre immédiatement par l'affirmative ; ne trouve-t-on pas, en effet, parmi les services administratifs de l'État deux centres de services très homogènes qui sont spécialement chargés de pourvoir à leur construction, à leur entretien ?

Au ministère des Travaux publics, c'est la « direction des bâtiments civils et palais nationaux » qui, à ne consulter que son nom, devrait avoir à gérer tous les bâtiments domaniaux à usage civil, par opposition aux bâtiments militaires. Mais tous n'en dépendent point et l'on n'a même aucune règle générale susceptible de fixer les limites de

sa compétence. Il faut, en effet, pour déterminer celle-ci ne tenir compte ni de la nature des services auxquels les affectations sont faites, ni de la circonstance qu'il y a ou n'y a pas d'affectation particulière ; c'est ainsi que l'on rencontre à côté d'édifices publics proprement dits, les palais nationaux dont la plupart n'ont jamais été consacrés à une destination déterminée. Le « Conseil général des bâtiments civils » établi par un arrêté du 20 décembre 1870 qui le place sous la présidence du ministre des Travaux publics et la « Commission supérieure des bâtiments civils » créée par un décret du 3 mars 1891 complètent cette organisation (1).

Au sein de la direction des cultes, se trouve le « service des édifices diocésains » dont les attributions n'ont pas besoin d'être précisées davantage.

Les remaniements successifs subis par ces diverses institutions attestent que l'on a parfaitement compris en France l'importance du rôle qu'on leur confiait, l'étendue des services que l'on était en droit d'en attendre. Il n'est pas moins incontestable qu'elles sont doublement insuffisantes. En effet, elles n'ont pas à veiller sur la totalité, mais bien sur une faible partie des édifices publics et, même à l'égard de ceux pour lesquels elles sont compétentes, il faut reconnaître que, si elles sont en mesure d'en assurer l'établissement, l'entretien et la décoration, elles sont hors d'état de les défendre contre les usurpations. Il reste donc à se demander si les édifices publics ne sont pas garantis par ailleurs, s'il n'y a rien dans leur condition

(1) Voir pour plus de détails Béquet, *Répertoire de droit adm.*, t. III, *Beaux-Arts*, p. 87 et suiv. ; Pandectes françaises, *Répertoire, Conseils établis auprès des départ. ministériels*, t. XX.

juridique, dans leur situation au point de vue domanial, qui soit de nature à leur assurer la protection exceptionnelle à laquelle ils ont droit.

C'est, au demeurant, la seule question que nous ayons à résoudre car, ainsi qu'il résulte du titre de cette étude, nous ne nous proposons nullement de passer en revue toute la législation relative aux édifices publics. Ce serait une œuvre d'ensemble fort intéressante, mais qui dépasserait le cadre restreint d'un semblable travail. Notre but est plus modeste ; de parti pris, nous laisserons de côté les questions d'ordre purement administratif pour nous cantonner dans l'examen du problème domanial et des principales difficultés qu'il soulève.

Ces difficultés sont de deux sortes ; elles présentent, disons-le tout de suite, une importance très inégale. Il faut d'abord répartir les différentes catégories d'édifices publics entre les personnes morales qui peuvent en être propriétaires, déterminer dans quel domaine elles figurent, à qui de l'État, des départements, des communes, des colonies ou des simples établissements publics on doit les rattacher. Ce classement, dans la plupart des hypothèses, s'effectue par le jeu des principes généraux du Code civil sans donner lieu à aucune controverse, à aucune espèce de contestation ; il ne soulève que des questions de détail non dénuées d'un réel intérêt, mais depuis longtemps résolues par la doctrine et par la jurisprudence. On ne saurait, par conséquent, être trop bref sur un pareil sujet et nous ne lui consacrerons que les développements nécessités par l'ordre d'idées qui seul doit former le pivot de de cette étude.

Il est, en effet, un second problème agité à l'occasion des édifices publics, problème plus grave que le premier

et autrement complexe, sur lequel on a beaucoup écrit, depuis un demi-siècle, sans parvenir à se mettre d'accord. Les biens composant le domaine national, le domaine départemental, communal ou colonial et peut-être même ceux qui appartiennent aux divers établissements publics ne sont pas assujettis à un régime uniforme : les uns, malgré la qualité de leur propriétaire, restent soumis au droit commun de la propriété privée (1), les autres, aux termes de l'art. 2 du célèbre décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 et de l'art. 538 du Code civil « ne sont pas susceptibles de propriété privée » et échappent, de tous points, à l'empire du droit commun, parce que les personnes morales dont nous nous occupons ici les possèdent à titre public, à titre de puissance publique. Quelle va être à cet égard la condition des édifices publics ? Dans quel groupe convient-il de les ranger ? Au nombre des dépendances du domaine public ou parmi les simples propriétés privées ? En ce qui concerne les portes, les murs, les remparts des places de guerre et des forteresses, la réponse ne souffre aucune difficulté ; un texte de forme absolument explicite, l'art. 540 du Code civil, les rattache au domaine public national. Pour les autres édifices, la question est des plus délicates, il n'est donc pas surprenant qu'elle soit des plus controversées. Le législateur de 1804 ayant négligé de se prononcer en termes suffisamment catégoriques, on doit suppléer à son silence, ce qui ne peut se faire qu'en recourant au seul élément de solution fourni par le Code civil et les lois postérieures, c'est-à-dire aux règles générales de la domanialité.

Nous allons employer tous nos efforts à dégager ces

(1) Sous certaines restrictions cependant.

principes et à en déduire les conséquences logiques, après avoir montré dans un chapitre préliminaire l'intérêt de ce travail et nous être livré à quelques recherches historiques qui faciliteront notre tâche. Pour plus de clarté, nous divisons cette étude en cinq chapitres. Dans les deux premiers, nous nous proposons d'analyser le droit que les personnes administratives possèdent sur leur domaine public et le critérium de la domanialité, d'exposer et de discuter les systèmes des principaux auteurs. Le chapitre troisième fera application de notre critérium aux édifices publics et contiendra un essai de classement. Enfin, les deux derniers chapitres seront spécialement réservés aux églises et aux cimetières.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

INTÉRÊT DE LA QUESTION

Il semble au premier abord fort inutile d'insister sur l'intérêt qui s'attache à la question que nous venons de soulever. Selon la solution adoptée en matière de classement domanial, les édifices publics vont se trouver naturellement assimilés aux autres dépendances du domaine privé de la personne morale à laquelle ils appartiennent ou à celles de son domaine public. Or, au point de vue juridique, il existe entre ces deux branches du domaine un véritable abîme : l'une est hors du commerce, inaliénable, imprescriptible, tandis que l'autre se trouve dans une situation diamétralement inverse.

La mise hors du commerce des choses composant le premier groupe est proclamée par l'art. 538 du Code civil qui déclare « non susceptibles de propriété privée » les dépendances du domaine public national. Ce que le langage du droit appelle le commerce en ces matières, c'est, en effet, l'ensemble des transactions qui conduisent à la propriété privée.

L'inaliénabilité est une conséquence de cette mise hors du commerce ; elle trouverait, d'ailleurs, s'il était nécessaire, un fondement juridique dans deux textes du même code. Aux termes de l'art. 1128 : « il n'y a que les

choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions » ; l'art. 1598 précise le sens de cette disposition en interdisant par un argument *a contrario* la vente des choses qui ne sont pas dans le commerce.

La prescription opérant les mêmes effets qu'une aliénation, l'imprescriptibilité en résulterait aussi en vertu de cette règle de bon sens que l'on ne peut faire par une voie détournée rien de ce qui est prohibé directement. Elle est prévue, en outre, par l'art. 2226 suivant lequel « on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce ». Cet article vise entre autres applications, entre autres choses hors du commerce les dépendances du domaine public, mais non celles du domaine privé, puisque l'article suivant soumet en termes exprès l'État, les établissements publics et les communes aux mêmes prescriptions que les simples particuliers.

Échappant à l'usucapion, les choses publiques ne peuvent davantage être l'objet d'une possession annale de nature à engendrer l'action possessoire (1).

L'insaisissabilité et l'imprescriptibilité ne méritent pas de retenir plus longtemps notre attention, car elles n'ont donné lieu à aucune difficulté. Nous allons insister sur l'inaliénabilité proprement dite et faire connaître aussi rapidement que possible quelques-unes de ses conséquences pratiques.

L'indisponibilité des dépendances du domaine public, nous espérons le démontrer dans les deux premiers chapitres de notre travail, ne découle pas de la nature propre

(1) Il ne s'agit ici que des particuliers. Nous verrons, en effet, par la suite que les personnes administratives possèdent vraiment leur domaine public.

de la chose, elle est fondée uniquement sur la destination d'utilité publique de cette dernière. De là il résulte que l'inaliénabilité domaniale doit être un obstacle à tous les actes qui porteraient atteinte à la destination de la chose, mais qu'elle ne saurait empêcher ceux qui ne sont susceptibles d'y porter aucune atteinte. Tel est, en peu de mots, le principe dont nous allons avoir à dégager les multiples applications, le critérium auquel nous aurons sans cesse à nous référer.

Il y a d'abord des aliénations forcées qui ont un but d'utilité publique, par exemple celle qui résulte d'une procédure d'expropriation ou d'une servitude d'alignement. Les dépendances du domaine public sont-elles exposées à les subir malgré la mise hors du commerce édictée par l'art. 538 du Code civil? La question paraît au premier abord assez délicate, car il y a, dans ce cas, conflit entre deux utilités publiques. Nous ne croyons pas cependant que l'hésitation soit possible. L'art. 538 dit formellement, en effet, que les choses publiques « ne sont pas susceptibles de propriété privée »; or, quel est le résultat de l'expropriation pour cause d'utilité publique? N'est-il pas de mettre l'immeuble exproprié dans le domaine privé de la personne administrative qui a recours à ce mode d'acquérir et, par conséquent, de rendre cet immeuble objet de propriété privée? Il s'agit, d'ailleurs, et cela n'est pas contestable, d'un acte qui réalisé porterait atteinte à la destination de la chose dans un but d'utilité publique, nous le voulons bien, mais qu'importe. Cette considération n'en suffirait pas moins à elle seule à faire écarter l'expropriation et la servitude d'alignement (1).

(1) Nous ferons observer cependant que, comme le service public

L'intérêt général, remarquons-le, n'aura pas à en souffrir. S'il exige réellement un changement d'affectation et le passage de la chose dans le domaine d'une autre personne morale, rien n'empêche l'autorité compétente de désaffecter cette chose, de lui enlever ainsi le caractère de dépendance du domaine public et de consentir ensuite une cession amiable dont les conditions entre personnes morales administratives sont toujours faciles à régler (1).

La loi sur les monuments historiques du 30 mars 1887, art. 4, est venue apporter un argument décisif à la thèse que nous défendons en appliquant la même solution aux monuments classés.

La Cour suprême s'est prononcée, à plusieurs reprises, dans le sens que nous venons d'indiquer et c'est également le système qui paraît l'emporter en doctrine (2).

Si une aliénation totale, directe ou non, est impossible, une aliénation partielle ne l'est pas moins. Il faut en tirer cette conséquence que toute constitution de servitudes ou d'hypothèques, toute aliénation au profit des particuliers d'un droit réel démembré de la propriété demeurent absolument interdites.

Une pareille proposition ne devrait, semble-t-il, donner lieu à aucune difficulté, cependant elle fait l'objet d'une vive controverse entre les auteurs. Quelques domanistes,

chargé de la garde de la chose peut seul demander la nullité de l'expropriation, il suffit que ce service y consente pour que la procédure d'expropriation soit, en fait, valablement employée.

(1) Cass., 3 mars 1862, ville de Fécamp.

(2) V^o Dalloz, *Supplément au Répert., Expropriation*, n^o 31 ; Delalleau et Jousselin, *Traité sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*; Hauriou, *Précis de droit administr.*, p. 627 ; Weiss à son cours sur la domanialité publique.

parmi lesquels on compte MM. Cazalens, Dumay, Proudhon, Toullier, distinguent, en effet, entre les servitudes contraires à la destination de la chose et celles qui sont conformes à cette destination et ils émettent l'avis que ces dernières peuvent être acquises par titre ou par prescription (1).

Le droit romain et surtout la jurisprudence antérieure à 1789 sont invoqués par ces auteurs et présentés par eux comme favorables à leur opinion. Cela est exact pour l'ancien droit français, mais les conceptions domaniales de cette époque et celles du Code civil diffèrent trop profondément, nous le verrons par la suite, pour que l'on soit autorisé à faire intervenir dans la discussion un semblable argument. Nous croyons, quant à nous, qu'admettre la théorie de Proudhon serait ouvrir la porte à des abus possibles sinon probables et aller à l'encontre du vœu de la loi, qui a placé le domaine public hors du commerce pour le préserver de toute espèce d'envahissements et d'usurpations privés (2).

Il n'y a pas lieu, selon nous, d'autoriser davantage la constitution des servitudes qui sont compatibles avec la destination publique de la chose et ne paraissent pas de nature à mettre l'intérêt général en péril. Sait-on, en effet, si ce qui n'est pas nuisible aujourd'hui ne le deviendra pas demain? En conséquence, nous estimons que, lorsqu'une chose a été placée hors du commerce pour servir

(1) Cazalens, note sous l'arrêt de Lyon du 4 février 1875, D. 1877. 2. 161 et suiv.; Proudhon, *Domaine public*, nos 363 et suiv.; Toullier, t. III, n° 479.

(2) En ce sens Dalloz, v° *Eaux*, n° 73 et *Servitudes*, n° 64; Gaudry, *Domaine*, n° 160; Marcadé, *Prescription*, sur l'art. 2227; Wodon, *Traité des choses publiques*, nos 205 et suiv.

à l'usage public, la séquestration est une, indivisible et frappe également chacune de ses parties.

Quid de ces prétendues servitudes légales ou naturelles qui constituent le droit commun de la propriété et ne sont, en réalité, que des lois de voisinage et de nécessité, « des obligations que forment la communauté des murs et autres choses semblables et le voisinage entre voisins (1). » Les dépendances du domaine public, nous le démontrerons plus tard dans notre chapitre I^{er}, restent, malgré leur affectation, la propriété des personnes administratives dans le domaine desquelles elles figurent. Pour savoir si ces choses doivent être assujetties aux servitudes naturelles ou légales, il faut donc se référer, en l'absence de tout autre élément de solution, au critérium que nous avons indiqué ci-dessus et décider que ces servitudes restent applicables, quand elles ne présentent rien de contraire à l'utilité publique et n'ont pas pour effet d'entraîner une mise dans le commerce (2). L'obligation de clôture, l'obligation de recevoir l'égout des terrains supérieurs, les règles sur les jours, les vues, l'égout des toits, la distance exigée pour certains travaux et certaines plantations sont dans ce cas.

Il ne saurait en être de même de la servitude légale de cession de mitoyenneté. Admise par la doctrine administrative tout entière et par une jurisprudence constante, cette dernière conséquence de l'indisponibilité domaniale a été contestée cependant par M. Lemer cier de Maisoncelle (3). Selon cet auteur, « le propriétaire qui invoque

(1) V^o Pothier, *Société*, n^{os} 499, 230 et suiv.

(2) En ce sens Hauriou, *op. cit.*, p. 628; *contra* Wodon, *id.*, p. 287 et suiv.

(3) V^o Lemer cier de Maisoncelle, thèse pour le doctorat, p. 123.

l'art. 661 prétend non pas acquérir une servitude sur une dépendance du domaine public, mais exercer un droit reconnu par la loi.... S'il en était autrement, le fonds voisin serait grevé d'une servitude qui n'existe pas dans les lois ou n'y existe que dans des cas exceptionnels ». Nous croyons ce raisonnement mal fondé. L'art. 661 suppose, en effet, deux propriétés voisines, deux héritages contigus ; or, une chose faisant partie du domaine public n'est certainement pas un héritage, une propriété, au sens ordinaire du mot, elle se trouve, tout au moins, dans une situation très particulière, puisqu'elle est soustraite par le Code civil au droit commun de la propriété, en tant que ce droit commun pourrait la mettre dans le commerce. La cession de mitoyenneté qui substitue l'indivision à un droit plein et absolu produirait évidemment ce résultat.

Telle va être dans ses grandes lignes la condition juridique des édifices publics si l'on tranche la controverse en faveur de la domanialité publique. Les départements, les communes, les colonies et l'État lui-même auront, en ce qui concerne cette partie de leur patrimoine, les mains étroitement liées, ils ne pourront s'en dessaisir et il sera impossible de les dépouiller, tant qu'une désaffectation régulière de l'autorité compétente n'aura pas mis fin à l'indisponibilité. En soutenant, à l'inverse, que ces divers édifices doivent être rangés dans le domaine privé de la personne morale qui en est propriétaire, on leur refuse par cela seul les privilèges exceptionnels que nous venons de relater et, par conséquent, on les assimile aux bâtiments domaniaux non affectés. Dès lors, une question se présente naturellement à l'esprit : si c'est bien là l'opinion qui doit triompher, n'y aura-t-il pas dans ce défaut de protection particulière un danger sérieux pour les édifices publics ?

N'y a-t-il pas là, tout au moins, un premier argument en faveur de l'opinion adverse ?

Ce serait, selon nous, une grosse erreur de croire que des deux solutions en présence, il en est une seule qui fournit toutes les garanties désirables, tandis que l'autre laisse les édifices publics exposés sans défense à toutes les chances de malversation ou d'usurpation. Il faut reconnaître, pour rester dans le vrai, que de nombreuses circonstances de fait atténuent singulièrement le danger qui pourrait résulter du succès de la seconde thèse et c'est ce qui explique le petit nombre de litiges soulevés par cette question de classement, la pénurie de décisions judiciaires que nous aurons à constater par la suite.

Dût-on ne voir en eux que des propriétés privées, en dépit de leur assimilation aux bâtiments non affectés sur le terrain domanial, les édifices publics resteraient dans une situation à part complètement à l'abri de toute disposition dommageable. En droit, ils seraient aliénables mais n'en demeureraient pas moins, en fait, régis suivant des formes et des règles particulières, tracées avec soin par la loi et en dehors de la controverse. La possibilité théorique de les aliéner ne saurait être, d'ailleurs, une perspective bien redoutable si l'on songe que l'acte de disposition serait opéré par les corps ou agents administratifs qui seuls ont le pouvoir de faire cesser l'affectation. Pratiquement, la conservation de ces bâtiments ne serait pas compromise et leur situation n'empirerait de ce chef en aucune manière, puisque le déclassement d'une dépendance du domaine public suffit à la rendre au commerce.

De même et pour un motif identique, l'inconvénient très grave qu'il y aurait à voir les édifices dont nous nous occupons loués, hypothéqués, grevés de servitudes réelles

ou personnelles, n'est guère à redouter (1). On s'aperçoit bien vite à la réflexion que c'est là un péril purement chimérique, une hypothèse qui ne se réalisera pour ainsi dire jamais.

Peu dangereuse aussi, la faculté d'effectuer une saisie sur ces divers immeubles, faculté qu'il faudra, semble-t-il, accorder aux créanciers de la personne morale propriétaire avec le second système. Les biens de l'Etat, en effet, sont tous également insaisissables; ceux des autres personnes administratives ne cessent de l'être qu'avec l'autorisation de ce dernier.

Est-ce à dire que notre controverse soit une pure question d'école n'ayant qu'une importance doctrinale et que l'on ait discuté, pendant un demi-siècle, pour l'honneur des principes? Cela paraît résulter de ce qui précède, mais nous espérons démontrer qu'il n'en est rien.

Aux termes de l'art. 2227 du Code civil dont nous avons déjà fait connaître le sens général, le domaine privé de l'Etat, celui des communes et des établissements publics ne jouissent d'aucun privilège en ce qui concerne la prescription (2). Il y a, à ce dernier point de vue, un inconvénient très réel à placer les édifices publics dans la sphère d'application de cet article. Sans doute, une éviction complète reste matériellement sinon juridiquement impossible, car les conditions requises pour la recevabilité de la prescription acquisitive par l'art. 2229 du Code civil ne peuvent se trouver réunies. Comment supposer une pos-

(1) Il en est encore de même pour des raisons analogues de la recevabilité de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

(2) Si l'art. 2227 ne mentionne pas expressément les départements, c'est parce qu'en 1804 ils n'avaient pas la personnalité civile.

session continue, paisible, publique, exempte de précarité en face d'une administration que la force même des choses rend attentive et soucieuse de ses devoirs, puisque les bâtiments qui seraient l'objet de cette possession lui sont à tout instant nécessaires? Sans doute, une éviction partielle de la propriété est presque aussi difficile à mener à bonne fin, mais l'acquisition d'une servitude par prescription est, à l'inverse, parfaitement réalisable quoique rendue fort rare par cette circonstance que l'acte de possession résultera le plus souvent d'un fait constituant une dégradation, c'est-à-dire d'un délit. Or, la possession fondée sur un tel acte est entachée d'un vice absolu, qui ne permet de s'en prévaloir ni pour l'usucapion ni pour l'exercice de l'action possessoire ; elle est délictueuse comme n'étant que la continuation d'une infraction à la loi.

Les termes si compréhensifs de l'art. 257 du Code pénal ne laissent aucun doute à cet égard : « quiconque, li-sons-nous dans ce texte, aura détruit, mutilé, abattu, ou dégradé des monuments, statues et autres objets destinés à l'utilité ou à la décoration publique et élevés par l'autorité publique ou avec son autorisation sera puni d'un emprisonnement..., etc. » Il n'y a même pas à distinguer entre les édifices constituant des œuvres d'art et les bâtiments ordinaires, ainsi qu'ont cherché à le faire quelques criminalistes, parmi lesquels MM. Chauveau, Faustin-Hélie et d'autres à leur suite, car le mot monument, complété, comme il l'est ici, par l'expression « destinés à l'utilité publique » devient synonyme de construction (1). L'ar-

(1) V^o Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4^e éd., t. III, p. 233; Morin, *Répertoire de droit crim.*, v. *Monuments*.

ticle est aussi général que possible et il suffit certainement, pour qu'il soit applicable, que les conditions indiquées par lui soient remplies. — La jurisprudence s'est, de tout temps, ralliée à cette manière de voir qu'elle partage avec la grande majorité des auteurs qui ont eu à prendre parti sur la question, M. Ducrocq notamment (1).

Avec le système qui place dans le domaine privé les bâtiments affectés et leur refuse, par suite, le bénéfice de l'indisponibilité, on est exposé, en outre, à l'application de l'art. 661 du Code civil (2). Il est vrai que beaucoup d'édifices publics, ceux-là surtout qui ont une réelle valeur artistique, ne touchent par aucun côté à des propriétés particulières et sont suffisamment garantis par leur situation, nul n'ayant, dans ce cas, le droit de réclamer une cession de mitoyenneté. Ils trouveront, d'autres fois, une précieuse sauvegarde dans l'élévation du prix à payer, mais il est facile de supposer telle hypothèse où ces palliatifs font défaut. A ce point de vue, l'intérêt de la controverse reste entier et on ne le fait pas disparaître en observant qu'il sera toujours loisible à l'administration d'acquérir, soit à l'amiable, soit par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique, une bande de terrain et de faire ainsi disparaître les voisins gênants, car elle ne le peut que moyennant finance.

Enfin, la conservation des bâtiments affectés, la protec-

(1) Ducrocq, *Traité des édifices publics*, p. 44, 45 et 46; dans le même sens Cass., 4 nov. 1851.

(2) Les édifices publics peuvent se trouver assujettis par l'effet d'un plan d'alignement à la servitude de reculement. Mais ici le remède reste toujours à la disposition de l'autorité administrative qui n'a, en effet, qu'à provoquer une modification au plan primitif.

tion de leurs limites ne pourront être assurées que par des moyens de droit civil. Les moyens de police plus simples et plus expéditifs à la fois resteront interdits aux maires et aux préfets qui n'auront pas le droit de prendre des arrêtés à ce sujet (1).

Tel est, réduit à ses véritables proportions, l'intérêt qui s'attache à la solution de cette controverse fameuse. Ainsi restreint, il n'en subsiste pas moins très réel, très sérieux, mais incapable de fournir par lui-même le moindre argument en faveur de l'un ou de l'autre système. Si le législateur a négligé par oubli ou par erreur de pourvoir à la conservation d'une partie de la fortune publique, c'est à lui qu'incombe le soin de combler cette lacune; l'interprète n'est nullement autorisé à le faire à sa place. Les éléments de discussion, en effet, doivent être empruntés, à défaut de textes législatifs spéciaux, fort rares, nous le savons déjà, à la théorie générale de la domanialité. Il faut se borner à rechercher sous quelles conditions une chose devient dépendance du domaine public, puis examiner si les bâtiments affectés réunissent les caractères exigés, sans tenir compte d'aucune autre considération.

La question qui se pose dans les termes que nous venons de relater est, par conséquent, fort compréhensive. Elle peut être soulevée à l'occasion de tous les édifices consacrés à l'utilité publique, quelle que soit la personne morale à laquelle ils appartiennent et quelle que puisse être la nature de leur affectation, affectation à un service public ou à l'usage de tous. Ce qui domine, dans l'un et l'autre cas, c'est le fait même de l'affectation à l'utilité générale et c'est l'effet de cette dernière qu'il importe de

(1) V^o M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., p. 633.

mettre en lumière. Peu importe qu'il s'agisse d'un édifice à destination laïque ou d'un édifice religieux. La controverse vise même les cimetières à cause de la nécessité où l'on se trouve de les entourer de murs depuis le décret du 23 prairial an XII. Qu'on juge après cela de sa portée d'application, du nombre des édifices publics dont elle laisse en suspens la condition juridique.

HISTORIQUE

Les nécessités, les aspirations auxquelles vient répondre le domaine public sont de tous les temps et de tous les pays indépendantes, semble-t-il, des latitudes, des religions et des races. Dès qu'il y a une société organisée, un gouvernement constitué, on se trouve en présence d'intérêts communs auxquels il faut pourvoir, de besoins généraux que l'État doit s'attacher à satisfaire, s'il veut rester fidèle à sa mission, s'il ne veut perdre avec sa raison d'être son droit à l'existence. La vie sociale, en effet, a comme la vie privée ses besoins, besoins de communication, de réunion, de défense et tant d'autres; les dépendances du domaine public sont destinées à la rendre plus facile. L'État met à la disposition de chacun ou emploie directement à l'utilité commune ce précieux instrument de travail et de progrès qu'il serait bien difficile, sinon impossible, à l'initiative privée de réaliser et de se procurer elle-même.

Il semble donc que la distinction entre les deux domaines public et privé doive se rencontrer partout, qu'à toutes les époques il ait dû y avoir aux mains de l'État une certaine catégorie de biens soustraite aux relations du droit privé, protégée contre les usurpations, inaliénable, permanente comme le but auquel elle est consacrée, à côté d'autres biens soumis aux règles ordinaires de

la propriété et particulièrement destinés à produire des revenus (1).

Cependant, en réalité, cette distinction essentielle est loin d'apparaître dans l'histoire des divers peuples avec ce caractère de netteté et de précision. Dans les pays les plus civilisés, là même où l'analyse juridique est poussée le plus loin, elle se manifeste comme une constatation de fait plutôt que sous la forme d'une conception scientifique. Ailleurs, on l'ignore.

Bien des causes contribuent à l'explication de ce phénomène singulier au premier abord ; quelques-unes d'entre elles, à cause de leur caractère de généralité, méritent une mention spéciale.

Les anciens ne paraissent pas avoir entrevu la double face de la personnalité de l'État, mise en lumière par les travaux des jurisconsultes modernes. Puissance publique, l'État échappe à la sphère d'action du droit civil, il est l'organe des intérêts généraux, exerce son pouvoir de souveraineté et ses droits purement administratifs, réglemente les services publics et l'usage des choses publiques ; nous verrons, par la suite, que c'est à ce titre qu'il en a la propriété. Personne morale, il possède un domaine privé, le gère, contracte à son sujet, ainsi que le ferait un particulier. Cette conception que beaucoup estiment indispensable pour avoir une idée exacte de ce qu'il faut entendre par domaine public est toute récente. Les Romains eux-mêmes l'ignorent ; à quelque époque de leur histoire que l'on se place, au temps de la République ou sous les

(1) Cf. A. Weiss, *Philippe Pot devant la cour d'appel de Dijon, France judiciaire*, t. XI, 1^{re} p., p. 361 et suiv.

Césars, l'État romain n'est envisagé qu'à un seul point de vue, sous un seul aspect, civil ou plutôt fiscal (1).

Mieux encore, ce n'est pas sans de très grandes difficultés que l'on s'est élevé jusqu'à la notion pourtant plus élémentaire de la personnalité de l'État et même plus simplement de la personnalité civile. La cité antique ne constitue pas une unité indépendante, distincte des individualités concrètes qui la composent; on n'y saurait donc trouver un véritable domaine de l'État, soit public, soit privé, mais seulement des biens du peuple, propriété indivise de tous les citoyens.

Enfin, on se heurte dans les pays monarchiques à une confusion très tenace entre la personne du souverain et celle de l'État dont il a le gouvernement. En France, où cet état de choses subsiste jusqu'à la Révolution, il entraîne comme conséquences logiques la réunion du patrimoine propre du prince et de celui de la nation sous le nom de domaine de la couronne et, en principe, uniformité de régime juridique pour les biens qui y sont contenus.

Nous allons passer brièvement en revue les règles relatives à la domanialité, en Grèce, à Rome, dans l'ancien droit français et pendant la période révolutionnaire, en nous attachant principalement à mettre en relief la condition juridique des édifices publics et religieux à travers toutes ses législations.

(1) Cf. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 323-327 et son article *Droit administratif*, dans le *Répert. du droit administratif*.

SECTION I

GRÈCE

Les villes grecques ne connaissent qu'une seule sorte de domaine, englobant les biens de toute nature advenus à la cité à un titre quelconque : cours d'eau, marais, rues, remparts, édifices, terres enlevées à l'ennemi ou confisquées, tous soumis à un régime uniforme.

Ce domaine est la propriété indivise des citoyens. L'ensemble des ayants droit en est maître absolu, en possède la pleine disposition, peut, à son gré, le vendre, l'hypothéquer, le donner en gage, l'affecter au paiement des dettes de la cité. Un curieux exemple de cet état de choses est fourni par les auteurs classiques ; ils nous apprennent que, la ville de Cyme ayant conféré à ses créanciers une hypothèque sur ses portiques, ceux-ci, à l'échéance, furent vendus aux enchères (1).

Ainsi, ces biens domaniaux sont assujettis au régime de la propriété privée, quelles que puissent être leurs origines ou leur destination ; ils sont tous également dans le commerce. Il n'y a donc pas, en Grèce, un domaine public placé hors des relations des hommes, pas même un domaine public artistique. Cette solution s'impose malgré le culte traditionnel du peuple grec pour les choses de l'art, malgré sa passion du beau et bien que la contemplation et l'étude des chefs-d'œuvre fussent un besoin public et

(1) En ce sens M. Weiss à son cours, 1895-96; *contra* Saleilles, *Le domaine public à Rome et son application en mat. artistique*, p. 112.

fissent partie de la vie nationale. Elle résulte surabondamment de l'exemple que nous venons de présenter.

Cicéron prétend, il est vrai, dans ses plaidoyers contre Verrès que jamais une ville, soit en Grèce, soit en Asie-Mineure, n'a laissé vendre un tableau ou une statue. Serait-ce la preuve d'une véritable inaliénabilité, d'une indisponibilité juridique? Nous ne le croyons pas. Il ne faut voir, selon nous, dans cette déclaration du grand orateur qu'une constatation de fait, peut-être dictée par les circonstances de la chose, plus probablement exacte, mais dont il n'est pas possible, en tout cas, de tirer le moindre argument en faveur de la mise hors du commerce des objets d'art. Qu'importe même que les magistrats préposés à la garde des choses emportées par Verrès en aient fait constater la disparition pour dégager leur responsabilité vis-à-vis de la cité, puisque, de l'avis de tous, les prétendus achats du proconsul n'étaient que des vols mal déguisés.

Est-ce à dire qu'en Grèce, le domaine soit abandonné sans garantie aucune aux usurpations et aux entreprises des particuliers? Nullement. Obligation est faite, aux citoyens de dénoncer les empiètements qui parviendraient à leur connaissance. Une forte amende pouvant aller jusqu'à la confiscation lui sert de sanction.

SECTION II

ROME

C'est dans la législation romaine, que l'on trouve les premiers vestiges des théories modernes sur la domaniali-

té. Bien qu'il faille se garder d'exagérer les rapports existant entre ces lointaines ébauches et notre droit actuel, on doit reconnaître que les jurisconsultes ont eu à Rome la conception d'une classe de choses dont l'utilité est consacrée tout entière aux besoins ou aux usages directs des habitants, de choses qui ne peuvent être régies d'une manière privative. En outre, toute une catégorie de biens, dont quelques-uns sont aujourd'hui des dépendances incontestables du domaine public et dont les autres sont placés dans ce même domaine par la presque unanimité de la doctrine et par une jurisprudence constante, se trouve alors dans un état assez semblable, en fait, à la domanialité publique, quoique formant un groupe à part sous le nom de *res divini juris*. Elles correspondent aux églises, aux cimetières, aux fortifications, c'est-à-dire à la majorité des édifices publics.

Un paragraphe sera consacré aux choses publiques et un autre aux choses de droit divin. Nous allons commencer par ce dernier, car, pour comprendre ce qu'étaient à cette époque les questions domaniales, il importe de faire ample provision d'analogies.

§ 1^{er}. — Des *res divini juris*.

Les anciens jurisconsultes et Gaius, après eux, présentent la classification des choses en *res divini juris* et *res humani juris* comme la division par excellence, ils la qualifient de *summa divisio*. Est-ce bien là, du temps de Gaius, l'expression de la vérité ? N'a-t-il pas plutôt sacrifié à la coutume en continuant à mettre au premier plan une distinction traditionnelle qui a dû perdre très vite son

importance pratique ? D'autres plus autorisés se sont livrés, avant nous, sur cette question à de savantes recherches sur lesquelles nous n'avons pas à revenir. Quoi qu'il en soit, l'expression *res divini juris* n'a jamais cessé d'avoir, en droit romain, un sens très précis, très nettement déterminé et, à toutes les époques, on a désigné sous ce nom générique les *res sacræ*, les *res religiosæ* et les *res sanctæ* (1).

Les *res sacræ*, aux termes de la définition qu'en donne Gaius, sont les choses consacrées aux dieux d'en haut, c'est-à-dire les temples et certains objets mobiliers destinés au culte. Après le triomphe du christianisme, ce sont les choses consacrées à Dieu.

Les *res religiosæ* se composent des choses abandonnées aux mânes, aux âmes des morts devenus divinités suivant les croyances romaines. Dans le droit de Justinien, la situation reste la même, car, si le christianisme proscriit le culte des dieux mânes, il conserve pieusement au nom du dogme de l'immortalité de l'âme le culte des morts et la religion des tombeaux.

Selon Gaius, les *res sanctæ* ne constituent pas, à proprement parler, des *res divini juris*, mais seulement d'une manière approximative, *quodammodo*. D'autres textes leur prêtent une condition spéciale intermédiaire entre les choses profanes et les choses de droit divin; ils finissent tous cependant par les classer parmi ces dernières. — Les principales *res sanctæ*, celles dont il est parlé le plus souvent par les auteurs, sont les murs et les portes des villes. On doit reconnaître que leur condition juridique s'explique aisément : ces murs, ces portes ne sont pas des choses profanes à cause de la solennité religieuse dont ils

(1) Cf. Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e éd., t. I, p. 485.

ont été l'objet et ils ne peuvent être comptés au nombre des *res sacræ*, parce qu'on ne les a formellement rattachés à aucune divinité. — La violation d'une *res sancta*, comme celle de toute *res divini juris*, expose le coupable aux peines les plus sévères, aussi certains jurisconsultes s'attachant outre mesure au sens usuel du mot *sanctus* qualifient-ils de *res sanctæ* les choses quelconques qui sont garanties contre les atteintes des hommes par la loi pénale. Les véritables choses saintes sont hors du commerce, inaliénables, imprescriptibles; défense est faite aux particuliers d'y adosser des constructions, de les dégrader et même de les réparer sans autorisation (1). Nous n'avons pas à insister davantage sur le régime auquel elles sont assujetties et nous allons limiter notre étude aux *res sacræ* et aux *res religiosæ*.

A cause, sans doute, du caractère public de la religion, les citoyens, à Rome, n'ont pas le droit de rendre sacré, de leur propre autorité, tout ou partie de leur patrimoine. Ce qu'ils consacrent en leur nom personnel ne l'est que pour eux et non pour le reste du peuple; c'est un *sacrum sibi*. Le culte privé reste une chose privée qui ne peut fonder de rapports de droit reconnus par l'État; seuls les représentants de la communauté ont qualité pour agir et parler au nom des dieux et ceux-ci n'ont d'organes officiels que par l'État. Le peuple dans ses comices, le sénat ou le prince doivent donc autoriser l'affectation à la divinité et leur intervention est nécessaire à un double point de vue: ils valident l'aliénation d'un bien domanial et l'offrent aux dieux au nom de la collectivité. Ces derniers l'acceptent par l'intermédiaire des pontifes, véritables

(1) Cf. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 494 et 495.

fonctionnaires revêtus d'un caractère public, auxquels le christianisme substitue les évêques sans introduire, d'ailleurs, de changements notables dans les attributions.

Des conditions plus nombreuses sont exigées par les textes pour qu'une chose devienne *res religiosa*. Elles sont au nombre de quatre : il faut une inhumation réelle, faite à perpétuelle demeure, dans un lieu susceptible de recevoir des morts, et conformément au droit. Les deux dernières seules doivent attirer notre attention. La loi des *Douze Tables* défend tout ensevelissement dans l'enceinte de Rome, et l'empereur Adrien, généralisant cette prohibition, l'étend aux autres cités ; en effet, le territoire des villes ne peut être abandonné aux dieux mânes puisqu'il est déjà consacré aux dieux d'en haut. De plus, l'inhumation ne doit blesser aucun droit ; il faut donc qu'elle soit faite par le propriétaire ou avec son agrément et que le droit de celui-ci ne rencontre pas d'obstacle dans le droit d'un tiers. Si ces prescriptions ont été violées, le terrain ne devient religieux qu'à partir du moment où la personne lésée accorde son consentement.

Dans tous les cas, ce n'est pas l'ensemble du fonds où est placé le tombeau qui devient *res religiosa*, mais seulement le lieu de la sépulture, l'endroit où repose le cadavre.

A la différence de ce qui se passe pour les *res sacræ*, un particulier peut créer des *res religiôsæ*. Point n'est besoin d'une autorisation quelconque ; il suffit d'avoir sur la chose un droit complet de disposition, restriction qui explique pourquoi le caractère religieux ne saurait appartenir aux tombeaux établis sur le sol provincial. La propriété, dans ce cas, appartient à l'État et les particuliers, sauf concession du *jus italicum*, ne peuvent disposer que

de la *possessio* : or, les mânes, de véritables divinités, ne se contentent pas d'un droit inférieur qui les laisseraient soumis au droit éminent de l'État romain.

Tous ces points sont universellement admis par les commentateurs du droit romain et n'ont jamais donné lieu à aucune difficulté, aussi avons-nous hâte d'arriver à une question plus intéressante, à la condition juridique des *res sacræ* et des *res religiosæ*. Les textes nous apprennent que ce sont des *res nullius*, ce qui signifie que personne ici-bas, ni individu ni collectivité, ne peut en être propriétaire au sens du droit privé tout au moins, qu'il y a une incompatibilité absolue entre l'idée de *dominium* et les *res divini juris*. Mais il est une remarque particulièrement importante à faire : qu'il s'agisse d'une *res sacræ* ou d'une *res religiosa*, cet état de choses est le résultat d'une aliénation. Dans les deux hypothèses, on voit également un propriétaire, le peuple dans la première, un simple citoyen dans la seconde, consentir à sa dépossession au profit d'êtres de l'ordre surnaturel. En réalité, il n'y a pas abandon de la propriété, mais plutôt transfert.

En ce qui touche les *res sacræ*, l'acte translatif est aisé à reconnaître et très nettement figuré. La *dedicatio* représente l'acte de celui qui offre et la *consecratio* qui émane des pontifes constate l'acceptation du dieu et l'introduction de la *res consecrata* dans son domaine. Ainsi que le constate M. Saleilles, « tous les auteurs ont aperçu le rapport existant entre cet acte solennel et les modes de transfert de la propriété ; les uns l'ont rapproché de la mancipation, les autres de l'*in jure cessio*, d'autres ont parlé de tradition symbolique, quelques-uns ont vu là une sorte de contrat entre le peuple et la divinité... produisant, par exception aux principes ordinaires du

droit romain, un transfert de droit réel... et l'on discute, en droit, sur les conditions de validité de cette aliénation au profit des dieux, comme on discuterait sur la validité d'une transaction entre particuliers » (1). C'est ainsi que nous voyons Cicéron réclamer en justice sa maison irrégulièrement consacrée par Clodius (2).

S'agit-il de *res religiosas*, l'acquisition au profit des mânes résulte de la *mortui illatio*, de l'inhumation réelle. Sans doute, le caractère translatif de cet acte est moins accusé; nous croyons qu'il n'en est pas moins réel. La *res religiosa* comme la *res sacra* a donc un propriétaire, ce qui s'explique très naturellement par le caractère d'anthropomorphisme de la religion gréco-romaine. Le dieu est, au sens réel et au sens juridique du mot, une personne susceptible d'avoir un patrimoine sur la terre; cela choque nos idées modernes, quoi d'étrange cependant! Les Romains ne prêtent-ils pas à leurs divinités des besoins, des passions et même des vices semblables à ceux qui les agitent? Pourquoi, dès lors, celles-ci ne seraient-elles pas titulaires de droits?

Mais, comme ces propriétaires appartiennent à la sphère du monde surnaturel, si l'on se place au point de vue humain, il est exact de qualifier avec les textes les choses de droit divin de *res nullius*. Elles le sont, en effet, puisqu'elles ne peuvent fonder de rapport juridique au profit de personne, pas plus au profit de l'État que de tout autre, et qu'elles ne sont pas susceptibles d'évaluation pécuniaire, ainsi que le constatent les jurisconsultes romains (3). Elles ne peuvent faire l'objet d'aucune stipu-

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 37.

(2) V^o Cicéron, *Pro domo*, 53; *Ad Atticum*, IV, 2.

(3) V^o L., 9, et 5, D. (1. 8.).

lation ; pratiquement, elles sont hors du commerce d'une façon absolue, inaliénables, imprescriptibles. Si l'on creuse cette idée, si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit que l'indisponibilité a pour cause la manière dont on envisageait, à Rome, la représentation et la personnalité. Les dieux ne sont pas des êtres concrets pouvant traiter et correspondre par eux-mêmes avec les autres individus du monde physique ; il ne leur est possible de rentrer en relation avec ces derniers que par leurs représentants, par l'intermédiaire de leurs délégués habituels. Ces mandataires ont des pouvoirs généralement assez étendus, mais, lorsqu'il s'agit de *res religiosæ* ou de *res sacræ*, c'est-à-dire d'objets consacrés à l'usage direct de la divinité, elle seule peut savoir en quoi le droit et la jouissance qui lui appartiennent sont compatibles avec le droit et la jouissance d'un tiers, aussi ses représentants ordinaires ne sont-ils pas autorisés à en disposer.

Un auteur allemand, Pernice, est d'avis qu'un droit de propriété éminent est réservé au peuple romain sur les *res sacræ* et fait observer, à l'appui de sa thèse, que le préteur a institué des interdits populaires pour la protection des *res divini juris* et en particulier des *res sacræ* (1). Cette théorie est repoussée avec raison par la grande majorité des auteurs ; elle leur paraît en contradiction manifeste avec les formes de la *dedicatio*, car celle-ci se présente comme réalisant un entier dépouillement. Le caractère populaire de l'interdit ne saurait être contesté, il est vrai, au moins en ce qui concerne les *res sacræ*, mais cela n'implique nullement la conclusion à laquelle aboutit Pernice. Ce caractère s'explique par de puissantes

(1) Pernice, *Labéo*, p. 256, 270.

considérations d'ordre public et, peut-être aussi, par cette idée que le peuple, ancien propriétaire de la chose, est resté garant à l'égard des dieux de ce qu'il leur a consacré (1).

L'indisponibilité des *res sacræ* et des *res religiosæ* ne persiste que tout autant qu'elles conservent leur qualité de choses sacrées ou religieuses et cette qualité disparaît conformément aux dispositions et règlements du droit pontifical. En principe, une *res sacra* demeure telle à perpétuité; sa démolition ou sa ruine ne suffisent point à effacer le caractère sacré du sol ou des matériaux. Toutefois, les immeubles perdent leur condition par l'effet d'une solennité inverse de la *consecratio* dite *exauguratio* ou par la conquête. Pour les meubles, il suffit d'une vente effectuée par les pontifes suivant certaines formes déterminées par la loi. Les *res religiosæ*, à la différence des précédentes, redeviennent profanes, en dehors de toute intervention religieuse, par l'exhumation du cadavre faite avec l'autorisation des pontifes ou du prince (2).

§ 2. — Des choses publiques.

Ainsi que la plupart des classifications romaines relatives aux choses, la division du domaine de l'État en deux grandes branches, en domaine public et domaine privé, est incomplète, obscure sur bien des points, mais par dessus tout il importe de remarquer qu'elle a toujours été acceptée par les jurisconsultes et par la loi comme une

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 59 et la note.

(2) V^o Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 492.

constatation de fait sous laquelle ne se cachait aucune conception scientifique particulière. Ce n'est pas, comme certains l'ont cru, « une distinction fondamentale, issue d'une pensée *a priori*... et destinée à établir entre les deux domaines une séparation absolue au point de vue du droit, une différence de nature et de caractère juridique très franchement accentuée » (1).

Même à l'époque classique, les juriconsultes la passent, en général, sous silence et, lorsqu'ils la mentionnent, c'est à l'occasion, sans s'y arrêter. Gaius semble l'ignorer; il donne aux mots *res publicæ* leur sens le plus large, les opposant aux *res privatæ* et montrant ainsi qu'il entend désigner sous cette expression toutes les choses quelconques qui appartiennent à l'État. Il ne laisse donc aucunement soupçonner qu'il puisse y avoir des distinctions à établir parmi ces dernières (2).

Tel est, en effet, le langage courant des auteurs juridiques; dans leurs écrits, les mots *res publicæ* se rencontrent le plus souvent avec le sens large que leur prête Gaius, et ne revêtent que rarement le sens restreint de domaine public. A Rome, la catégorie de choses composant ce que l'on appelle de ce dernier nom dans notre droit actuel se trouve donc comprise d'une manière implicite dans le terme générique de « *res publicæ* » et constitue parmi celles-ci un groupe réservé au public.

Il nous semble indispensable pour continuer cette étude de distinguer deux époques, la République et l'Empire et de nous placer successivement sous chacune d'elles.

(1) Salcilles, *op. cit.*, p. 4.

(2) Cf. Gaius, II, 11.

République. — Il n'est pas douteux que, même durant la première période, les Romains ont, en fait, divisé les biens de l'État en deux classes. L'une d'elles destinée à produire des revenus, à récompenser par des attributions faites aux citoyens les services rendus à la République n'a qu'une valeur intrinsèque et patrimoniale : sous peine de perdre sa principale utilité, elle est dans le commerce, aliénable et doit demeurer telle. L'autre sert à l'usage du peuple, elle est *in usu publico*. Les choses de cette seconde catégorie perdent, au contraire, toute valeur si elles ne restent pas ce qu'elles sont, c'est-à-dire consacrées à un but unique pour lequel ces choses semblent vraiment exister et sans lequel elles n'ont plus de raison d'être.

Il y a donc pratiquement une différence capitale entre les deux sortes de *res publicæ* : les particuliers peuvent acquérir la propriété des premières, ils ne sauraient prétendre à celle des secondes, pendant la durée de leur affectation. C'est là un fait que le droit romain et ses jurisconsultes constatent et acceptent plutôt qu'ils ne le créent, car il y a, au point de vue rationnel, incompatibilité entre l'idée d'appropriation privée et celle d'usage public, au moins lorsque l'objet affecté appartient à l'État. Être à la disposition de tous implique, dans ce cas, impossibilité de servir à l'usage exclusif d'un seul ou de plusieurs et, par conséquent, mise hors du commerce, parce qu'on se trouve alors en présence d'une destination exclusive, absolue et, en principe, perpétuelle aux besoins de la communauté, d'une affectation trop absorbante pour ne pas s'opposer à l'existence d'un droit individuel, indépendant de ceux qui appartiennent à la collectivité (1).

(1) V^o sur les caractères de l'affectation : *Institutes*, III, 49, § 2 ; L. 83, § 5, D. (45. 1.) ; L. 2, § 5, D. (43. 8) ; L. 437, § 6, D. (4. 51).

C'est, d'ailleurs, sous la République, la seule différence à signaler entre les deux catégories de *res publicæ*. L'une et l'autre sont également imprescriptibles ; cela résulte pour les *res in usu publico* de tout ce que nous venons de dire relativement à leur indisponibilité autant que de nombreux textes qui se prononcent en ce sens de la façon la plus formelle. Pour les *res in pecunia populi*, il faut, croyons-nous, induire ce caractère de l'imprescriptibilité des *res fiscales* pendant la période suivante. Cette dernière solution, au premier abord, semble peut être un peu étrange, il est facile cependant d'en trouver une explication satisfaisante. Presque toujours, l'usucapion des *res in pecunia populi* aurait eu pour point de départ un vol ou du moins un excès de pouvoir assimilable à un vol ; il était donc naturel de la prohiber, puisqu'à Rome les objets volés cessaient d'être prescriptibles jusqu'au moment où ils avaient fait retour au propriétaire.

En outre, toutes les choses publiques sont objets de propriété, soumises à un *dominium* de même nature, les *res publicæ in usu publico* comme les autres. Cela ne peut être sérieusement mis en doute pour cette période, car les juriconsultes de l'époque répètent à l'envie, en employant des formules grammaticales non équivoques, que les *res publicæ*, au sens large, appartiennent au peuple romain. Or, nous nous sommes déjà expliqués sur ce point, les *res in usu publica* ne sont qu'un groupe parmi les *res publicæ*, qu'une fraction d'un ensemble qui est lui-même objet de propriété et, comme la partie doit être semblable au tout, notre conclusion nous paraît justifiée, sans que nous ayons besoin d'aller chercher ailleurs. Au surplus, dans une période où la législation n'était pas arrivée à son plein épanouissement, où les grandes

théories juridiques n'avaient pas encore apparu, pouvait-on imaginer un autre rapport de droit que la propriété; n'était-ce pas la conception la plus simple, celle qui devait se présenter à l'esprit le plus naturellement et la première (1).

De l'examen des textes, découle une constatation importante : lorsque les auteurs cherchent à définir exactement la personne à qui le domaine appartient ils emploient, à cet effet, l'expression concrète de « *populus romanus* » et non le terme abstrait de « *civitas* » ou de « *respublica* ». Il est question d'« *aerarium populi* » et non d'« *aerarium reipublicæ* », d'« *ager populi romani* » et non pas d'« *ager civitatis* ». Cela laisse entendre qu'à Rome comme en Grèce l'idée primitive n'a pas été celle de l'État, personne morale, donc de l'État propriétaire, que la notion d'un patrimoine social distinct de celui de chacun des membres de la société fût le résultat d'un travail intellectuel auquel les esprits ne se livrèrent que beaucoup plus tard.

L'État romain ou plutôt le *populus romanus* est le titulaire d'un *dominium* portant sur la totalité des *res publicæ*, mais, il n'en résulte nullement qu'il soit dans une situation analogue à celle d'un particulier propriétaire. Le *populus* ne formant pas une personne morale n'a point l'exercice de la « *rei vindicatio* »; il se compose, en effet, d'un nombre indéterminé d'ayants droit copropriétaires par indivis dont aucun ne peut préciser sa part ni procéder par suite aux affirmations que suppose la revendication. D'un autre côté, on n'a pas pu en confier l'exercice aux magistrats parce qu'à cette époque primitive la représen-

(1) V^o notamment Cicéron (*De leg. agr.*, II, 45 et 18).

tation en justice n'était pas encore admise, même en faveur de l'État (1).

Les actions ordinaires du droit privé faisant défaut, il y est suppléé par des moyens d'un ordre administratif. Les censeurs ou les édiles, suivant les cas, usent de leur *impérium* pour assurer la protection ou la restitution des choses publiques; le préteur, d'autre part, fidèle à son rôle qui consiste à combler, en toutes matières, les lacunes de la législation insère dans son édit des défenses relatives aux *res publicæ*, par exemple défense d'encombrer les rues et places, d'y rien déposer qui puisse constituer un danger pour les passants. Ces défenses, des interdicts, c'est le nom qu'elles portent en droit romain, ont une portée des plus générales et s'appliquent à toutes les choses quelconques appartenant au peuple, affectées ou non à l'usage public. En effet, un texte d'Ulpien à propos d'un interdit relatif aux *loca publica*, mentionne une définition de ces derniers fournie par Labéon au début de l'empire et aussi compréhensive que possible; elle embrasse jusqu'aux champs et aux maisons. Ulpien constate que, de son temps, les *res in usu publico* sont seules garanties par l'interdit; n'est-ce pas reconnaître qu'il n'en était pas ainsi autrefois? Enfin, dans les lois municipales qui nous sont parvenues on trouve édictées des actions populaires dont plusieurs ont pour but la sauvegarde de tous les édifices, sans distinction, propriété de la cité. La loi municipale de Malaga contient, à ce sujet, une formule assez large pour dissiper les derniers doutes.

Empire. — Dès l'avènement du régime impérial, la séparation du domaine en deux branches s'accroît rapi-

(1) Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 14, 15, 16 et la note sous la page 15.

dement et prend une importance nouvelle. Nous allons examiner sous l'action de quelles causes ce phénomène se produit et en quoi il consiste.

Un auteur, M. Vauthier (1), prétend que, si l'on examine de près la notion de la personnalité de l'État à travers les âges, on s'aperçoit sans peine que c'est, en réalité, une conception toute récente, admise seulement à la fin du siècle dernier « au milieu d'incertitudes nombreuses, de conjectures hasardées et qu'elle n'a jamais été reçue par les jurisconsultes romains. » En effet, ajoute-t-il en substance, le droit des *Pandectes* ne dit nulle part que l'État soit capable comme tel d'exercer des droits privés et qu'il doive à ce titre être considéré sous un aspect déterminé. M. Vauthier n'hésite cependant pas à reconnaître qu'à l'époque classique les municipes sont dotés de la personnalité. Mais, cet auteur n'apportant à l'appui de sa thèse que des preuves négatives, ne citant et pour cause aucun texte positif, nous croyons qu'il ne faut pas fermer les yeux à l'évidence et se refuser à admettre avec l'opinion courante que l'État romain a fini par avoir une existence indépendante de celle des citoyens. Le passage si connu de Gaius, « *quæ publicæ sunt, ipsius universitatis esse creduntur* », est trop formel, trop positif pour laisser place à la moindre hésitation; on ne saurait dire plus nettement que l'État constitue une *universitas* (2). En effet, les *res publicæ* dont parle Gaius sont bien les « *res populi romani* » et non pas les « *res civitatum* », puisque c'est ce même jurisconsulte qui nous apprend que l'expres-

(1) Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, ch. iv, p. 54 et suiv.

(2) Gaius, (II, § 22).

sion *publicum* s'entend avant tout des choses qui appartiennent au peuple romain (1). L'évolution a dû être identique, en ce qui touche l'Etat et en ce qui regarde les cités, et il n'y a, selon nous, aucun motif plausible pour introduire ici une distinction que rien dans les textes ne justifie.

Beaucoup de commentateurs modernes pensent que l'admission de la personnalité de l'Etat a eu lieu sous l'influence et avec l'extension de l'organisation municipale : c'est notamment la théorie développée par M. Saleilles. Le savant maître invoque à l'appui de cette idée les passages des *Agrimensores* où les colonies et les municipes sont qualifiés de personnes publiques et montre comment a dû se faire la transition historique (2). Toute colonie se rattachant à la personne d'un empereur ou d'un fondateur dont elle prenait le titre, « il était très aisé, d'après les idées romaines, de perpétuer la personnalité juridique de ce patron ou de ce fondateur et d'en faire le représentant de la colonie et comme le sujet juridique auquel pussent se rattacher les droits patrimoniaux de la petite communauté ; ... de là, à personnifier la communauté elle-même et plus tard l'Etat, il n'y avait qu'un pas » (3).

L'Etat romain ainsi devenu une individualité propre, un être de raison, c'est à lui désormais que les choses publiques appartiennent, c'est lui qui va en être le titulaire, car il prend la place du peuple. Il ne semble pas, au premier abord, que ce puisse être susceptible d'ame-

(1) L. 15, D. (50-56).

(2) Frontin, lib. II, *De contror. agr.*, Lachm., I, p. 49.

(3) Cf. Saleilles, *Le domaine public à Rome*, p. 9, note 1 et les autorités qui y sont mentionnées.

ner un grand changement dans la situation respective des différentes parties du domaine; mais un examen moins superficiel va nous permettre d'établir comment le fossé qui sous la République séparait déjà les *res in usu publico* et les *res in pecunia populi* a été, de ce fait, plus profondément creusé.

Nous avons vu le préteur romain édicter pour la protection des biens domaniaux des défenses d'une portée très large, très générale, applicables à l'ensemble des choses publiques, en un mot des interdits sanctionnés, au cas de contravention à la défense, par une action dont l'exercice appartient à tout le monde. Sous l'Empire, ces derniers n'ont plus d'application qu'au regard du domaine public proprement dit. La cause de cette restriction est facile à saisir : le préteur, en intervenant, a eu en vue l'intérêt particulier autant que l'intérêt général, or, cet intérêt n'est vraiment apparent que pour les choses mises à l'usage de tous, du jour où les *res publicæ* ne sont pas la propriété indivise des citoyens, mais celle de l'État. Sur quoi fonderaient-ils leur droit à agir? Sur quelle base juridique? Sous la République, chacun peut intenter l'action populaire, parce que si l'interdit n'est pas respecté, chaque citoyen subit un préjudice personnel, tout le monde est lésé dans son patrimoine. Mais, du jour où l'État devenu une personne morale susceptible d'avoir des droits et des obligations se trouve propriétaire des choses publiques, cela cesse d'être exact, puisqu'il ne reste plus aux particuliers, en matière domaniale, que la faculté de se servir des *res in usu publico*.

En outre, dans la pensée du préteur, l'interdit est une simple mesure d'expédient dont l'application doit être restreinte aux cas où il n'existe pas d'autre action relative

au fait visé. Or, dès que la notion de l'État propriétaire est apparue, rien ne s'oppose à ce que la revendication et les autres actions civiles puissent être intentées en son nom par ses magistrats à l'égard des *res in pecunia populi*. Il ne saurait cependant en être de même pour les *res in usu publico* et c'est pour ce motif que l'action populaire est maintenue en ce qui les concerne. De deux choses l'une, en effet : ou le caractère public de la chose est contesté et les formes de la *rei vindicatio* ne se prêtent pas à cette question préjudicielle qui rentre forcément dans la compétence administrative ; ou ce caractère est reconnu et alors, comme il entraîne de droit la mise hors du commerce, la propriété de l'État, n'est plus en jeu et, par suite, la *rei vindicatio* ne peut être admise.

Le changement de régime politique exerce par lui-même une influence directe sur la condition des *res publicæ* et contribue puissamment à accentuer notre distinction. Désormais, la souveraineté nationale va disparaître devant la volonté impériale, source et principe de toute autorité, devant l'absolutisme monarchique ; les jurisconsultes ne disent-ils pas : « *quod principii placuit legis habet vigorem* ». Le nouvel état de choses entraîne, à bref délai, l'absorption à peu près complète de l'État dans la personne de l'empereur ; l'être abstrait s'identifie avec l'être réel. Le résultat de cette seconde évolution est de substituer le domaine de l'empereur au domaine national ; sans doute, le patrimoine du peuple subsiste nominalelement au début figuré par l'« *æcrarium* », mais, dès l'avènement d'Auguste, la part la plus importante des revenus publics est mise à la disposition du prince, sous le nom de fisc, comme affectée aux besoins d'intérêt général auxquels celui-ci est tenu de

pourvoir. Il devient alors propriétaire fiduciaire de la grande majorité des *res in pecunia populi* et ne cesse d'empiéter sur les autres. La transformation est définitive sous le règne de Dioclétien ; le peuple, à ce moment, est entièrement dépouillé au profit de l'empereur, en fait et en droit (1).

Voyons quel est le sort réservé aux *res in usu publico* pendant que s'opère le changement de maître auquel nous venons d'assister dans l'autre branche. Il ne semble pas, tout d'abord, que cette question puisse soulever de sérieuses difficultés ; les choses publiques proprement dites ont, en effet, une destination unique et invariable qui consiste à servir à l'usage du public jusqu'à leur désaffectation et les empêche d'être une source de revenus pour ceux qui les possèdent, puisque cet usage est en principe gratuit. L'empereur n'ayant aucun intérêt pécuniaire à en revendiquer la propriété et à devenir ainsi le titulaire d'un droit dont les avantages immédiats lui feraient défaut, il est à supposer, avant tout examen, qu'il les a laissées entre les mains du peuple ou plutôt de l'État qui, nous le savons, a pris la place du premier en matière domaniale. Cette présomption n'est, d'ailleurs, démentie par rien ; elle cadre à merveille avec ce fait que les successeurs d'Auguste ne pouvaient exercer au nom du public l'usage auquel il a droit et elle est commandée par l'ensemble des textes juridiques.

La situation n'est cependant pas aussi simple qu'elle le paraît. S'il est indiscutable que les empereurs romains ont négligé de s'emparer des « *res publicæ in usu publico* », on n'en a pas moins à se demander si elles sont restées

(1) M. Weiss à son cours.

objet de propriété, comme elles l'étaient sous la République, ou si une conception nouvelle ne s'est pas fait jour. Ces *res publicæ* ne sont-elles pas devenues des « *res nullius* » sur lesquelles l'État ne peut plus exercer que des droits de souveraineté, en un mot assujettis à un droit *sui generis* indépendant du *dominium* et même exclusif de toute idée de *dominium*? Telle est la question qui se pose; nous allons essayer de la résoudre.

Avant de passer en revue et de discuter avec quelques détails les arguments invoqués en faveur de chacune des deux solutions adverses, nous croyons indispensable de rappeler comment l'attention des interprètes a été attirée, tout à coup, vers le milieu du siècle, sur ce problème historique demeuré jusque là à peu près inaperçu (1).

La controverse a pris naissance dans un pays où les principes généraux de la législation romaine trouvent leur application actuelle et servent à résoudre les difficultés que le législateur moderne a négligé de trancher, en Suisse. Il s'agissait d'interpréter les clauses d'un jugement arbitral rendu en 1833 à propos de la division du canton de Bâle en deux nouveaux cantons, Bâle-Ville et Bâle-Campagne et relatif au partage entre les deux nouveaux États des dépendances du domaine public cantonal, notamment des remparts, fossés et terrains des fortifications. Les arbitres avaient décidé que les choses litigieuses resteraient soumises aux pouvoirs de police et de souveraineté de celui des deux cantons sur le territoire duquel elles se trouveraient, mais que, dans le cas où elles viendraient à être désaffectées, l'autre canton serait autorisé

(1) Cf. sur cette question Saleilles, *op. cit.*, p. 81 à 86 et les notes sous les pages 82, 84 et 85 avec les renvois.

à faire valoir ses droits. Quel était le fondement de cette réserve? Fallait-il la considérer comme une pure concession de faveur et par suite l'interpréter restrictivement, ou comme la conséquence d'un droit préexistant de copropriété, lequel devait reprendre son efficacité, dès que la cause qui le paralysait avait disparu? On eut bientôt à se le demander, Bâle-Ville ayant transformé ses fortifications en promenades et places publiques et refusant de dédommager le canton de Bâle-Campagne de la perte qu'il lui faisait subir de ce chef, sous prétexte que la sentence arbitrale prévoyait un déclassement pur et simple, non un changement d'affectation. La lutte judiciaire se termina par un arrêt de la cour fédérale, en date du 29 octobre 1862, qui refusa de reconnaître le bien-fondé des prétentions de Bâle-Campagne et admit, par conséquent, puisque toute la question se ramenait à une controverse de droit romain, que les *res in usu publico* appartenaient à la catégorie des *res nullius*.

Cette solution a été approuvée par des romanistes allemands de tout premier ordre, Keller et M. de Ihéring, qui, lors des débats retentissants auxquels nous venons de faire allusion, ont prêté aux conclusions des représentants de Bâle-Ville l'appui de leur grande autorité (1). Elle compte aussi dans les rangs de la doctrine française un certain nombre d'adeptes.

Beaucoup d'arguments sont invoqués en faveur de cette thèse, nous ne nous arrêterons qu'aux principaux. On fait valoir d'abord que, si les choses publiques proprement dites n'avaient pas changé de caractère sous le nouveau

(1) V^e l'énumération des brochures de ces deux auteurs dans la note sous la page 84 de l'ouvrage précité de M. Saleilles.

régime, l'empereur n'aurait pas manqué de s'en emparer à titre de représentant du peuple, ainsi qu'il l'a fait pour les *res in pecunia populi*, sauf à les laisser affectées à leur ancienne destination. Il n'aurait certainement pas toléré, après avoir réuni en sa main tous les pouvoirs, la direction de tous les services publics, qu'un autre eût possédé sur une partie du domaine, et non la moins importante, un droit de propriété que lui-même n'avait pas. On ajoute que la personnalité de l'État a été reconnue fort tard, de longues années après l'avènement d'Auguste, et qu'il a dû paraître antijuridique aux jurisconsultes de la période classique de considérer comme titulaire du « *dominium* » une masse indéterminée d'ayants droit (1).

Ces deux circonstances, à elles seules, ne peuvent déterminer qu'une présomption, mais elles sont corroborées par ce fait qu'à la différence de ce qui se passe pour les *res in pecunia populi* la *rei vindicatio* n'a jamais été admise en notre matière et que les *res in usu publico* se trouvent garanties contre les usurpations uniquement par les moyens de l'ordre administratif. Bien des explications en ont été données; ne semble-t-il pas cependant que la plus simple soit de classer avec la Cour fédérale de la Suisse ces *res publicæ* parmi les *res nullius*? Cette conception cadre, en outre, avec la théorie des actions populaires et des interdits, source de ces actions, avec la faculté que conservent les citoyens d'ester en justice à l'occasion du domaine public *stricto sensu*, à un moment où, de l'avis de tous les auteurs, ils ont cessé d'en être copropriétaires et n'ont personnellement d'autre intérêt à agir que celui résultant du trouble apporté à l'*usus*

(1) En ce sens M. Weiss à son cours.

publicus, droit d'une nature spéciale qui appartient à chacun d'eux et qui a précisément sa sanction dans l'exercice de l'action populaire.

On n'en est pas réduit à des conjectures, si séduisantes soient-elles ; les jurisconsultes de la grande époque ont eu bien soin de définir la condition juridique des *res in usu publico* et ils l'ont fait, disent les auteurs dont nous rapportons la théorie, en des termes qui ne peuvent laisser place à aucun doute dans l'esprit, s'ils sont sagement interprétés.

Deux textes attirent spécialement l'attention ; l'un est la fameuse formule de Gaius, « *quæ publicæ sunt nullius videntur in bonis* » et l'autre un texte du Digeste qui désigne les choses publiques sous cette périphrase « *loca quorum commercium non sit* (1). » Dire qu'elles sont *res nullius*, c'est affirmer qu'elles n'appartiennent à personne, pas même à l'État. Cette solution n'est-elle pas contredite par une autre formule de Gaius qu'il ne faut pas séparer de la première et de laquelle il semble résulter que, si les choses publiques ne sont pas la propriété des particuliers, elles sont, tout au moins, celle d'une *universitas*, de l'État ? Nullement, répond M. de Ihéring ; le jurisconsulte romain entend faire allusion au droit de souveraineté auquel les choses dont nous nous occupons sont assujetties et non à un prétendu *dominium*, lorsqu'il ajoute : « *ipsius enim universitatis esse creduntur* » (2). Ne voyons-nous pas Frontin employer une formule équivalente, *res populi romani*, pour caractériser d'un mot la situation des bois sacrés d'Italie qui, incontestablement, sont des *res nullius* ?

(1) V° Gaius, II, § 11 et L. 6, pr. D. (18. 1).

(2) Ihéring, *Erwiderung*, p. 7 et note 7.

La mise hors du commerce des dépendances du domaine public exclut toute possibilité et jusqu'à la pensée d'un droit de propriété. En tant que *res nullius*, elles ne sont actuellement possédées par personne, mais l'indisponibilité qui les frappe ajoute, s'il est possible, un degré de plus à cet état de fait, puisqu'elle les rend également insusceptibles de *dominium*, dans l'avenir (1).

Enfin et surtout, dit-on, il y a contradiction flagrante à assimiler au droit de propriété, tel qu'il existe dans la législation romaine, le droit de l'Etat sur les choses publiques. Les textes porteraient-ils qu'elles sont objets de propriété, il ne faudrait voir dans cette affirmation que la conséquence d'une confusion entre les deux domaines, ou du moins on devrait reconnaître que le mot *dominium* a été employé ici dans un sens très large, très compréhensif et nullement avec son acception technique ordinaire. Nous n'insisterons pas davantage, pour l'instant, sur ce raisonnement que nous retrouverons identique en droit français, présenté sous la même forme, car on ne fait appel ici qu'au bon sens, qu'aux principes abstraits. Il a, par conséquent, la même valeur et il doit être accueilli d'une manière analogue dans tous les pays qui ont adopté les théories romaines en matière de propriété et de domanialité publique.

Quelles que puissent être l'autorité des savants professeurs qui, en France ou en Allemagne, ont joint leurs voix à celle de la cour fédérale et la force de quelques-uns des arguments qui servent de base à leur système, nous ne croyons pas devoir nous rallier à cette solution. Avec la

(1) Vo Ihéring, *Rechtsgutachten*, p. 40 et 44.

majorité de la doctrine (1), nous estimons que les conceptions domaniales n'ont pas subi, sous l'empire, une transformation aussi radicale qu'on veut bien le prétendre et que les *res publicæ in usu publico* ne sont pas devenues des *res nullius* mais sont restées soumises à un droit de propriété, à un *dominium* dont le titulaire seul a changé.

Nous avons répondu, par avance, à plusieurs des arguments invoqués par nos adversaires, aussi n'aurons-nous pas à entrer dans de longs développements pour mener à bonne fin notre réfutation. Si les empereurs ont négligé de mettre la main sur la partie du domaine qui est affectée à l'usage public, c'est parce qu'ils ont compris qu'ils n'avaient aucun intérêt à en devenir propriétaires. Cette explication nous paraît très suffisante et nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire d'en chercher une autre. Le fait que l'État ne constitue pas pendant longtemps une personne morale indépendante du *populus romanus* est lui-même dépourvu de toute signification. Les jurisconsultes classiques ne font, en effet, aucune difficulté pour admettre l'existence, à côté du fisc impérial de l'*ærarium populi* qui n'a cependant comme titulaire qu'une masse indéterminée d'ayants droit, jusqu'au moment où une personne juridique, l'État, peut enfin succéder à celle-ci. Pourquoi donc y aurait-il, à ce point de vue, une différence entre les deux branches du domaine? Pourquoi ce qui est juridique à

(1) Cf. en ce sens parmi les auteurs allemands Baron, *Pandekten*, § 46-3, 1887, p. 79 et 80; Dernburg, *Pandekten*, 1883, t. I, p. 162; Pernice, *Labéo*, t. I, p. 267 et 268; Wappäus, *Zur Lehre von den öffentlichen Recht*, p. 613 et suiv.; parmi les auteurs français, Girard, *Manuel élément. de droit romain*, p. 234, note 1; Saleilles, *op. cit.*, p. 90 à 103.

l'égard de l'une d'elles ne le serait-il pas à l'égard de l'autre?

L'impossibilité, où se trouvent les magistrats de revendiquer les *res publicæ in usu publico* ne prouve pas davantage que ces dernières soient des *res nullius*. Ce sont des raisons tirées, non de la nature du droit auquel elles sont soumises, mais des règles de compétence ou encore des formes de la *rei vindicatio*, qui rendent cette action irrecevable dans tous les cas, que la qualité de chose publique, soit ou ne soit pas contestée par le défendeur (1).

Cette circonstance que les simples citoyens ont conservé l'exercice d'une action populaire qu'ils peuvent valablement intenter, dès que les interdits relatifs au domaine public ont été violés, ne nous semble pas être un meilleur argument en faveur de la théorie adverse. Les particuliers ont, en effet, autant d'intérêt à assurer la sauvegarde du domaine public avec le système qui admet la propriété de l'État qu'avec le système contraire, leur droit d'usage n'en subsistant pas moins, quelle que soit la théorie adoptée. On doit remarquer aussi que l'action populaire n'appartient pas en propre à chaque individu, qu'elle n'est pas seulement la sanction judiciaire de l'*usus publicus*, puisqu'elle ne peut être exercée qu'une seule fois, puisque celui qui prend l'initiative des poursuites, épuise par cela même le droit de tous les autres. Il agit comme représentant de l'intérêt, au nom de l'État et du public, aussi bien qu'en son nom personnel (2).

(1) Cf. *suprà*, p. 37.

(2) L'intérêt personnel reste cependant, croyons-nous, le point de vue dominant; cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 34, note 4.

Ce ne sont pas, d'ailleurs, ces considérations préliminaires qui constituent le siège de la controverse. Auraient-elles la portée que leur prêtent certains auteurs, elles pourraient contribuer à faire pencher la balance si la question était douteuse ; elles ne suffiraient en aucun cas à déterminer une opinion. Nos adversaires ne font aucune difficulté pour le reconnaître, c'est, avant tout, aux textes législatifs qu'il faut demander la solution du problème ; nous avons hâte, par conséquent, d'examiner si ce terrain leur est aussi favorable qu'ils paraissent le croire.

Les définitions négatives, sur lesquelles on s'appuie pour affirmer que les choses publiques sont des *res nullius*, soustraient ces dernières à la propriété des particuliers, mais n'excluent en rien le droit de propriété de l'État. Vainement M. de Ihéring s'efforce de prouver que les mots *res universitatis* employés par Gaius pour caractériser la condition juridique du domaine public se réfèrent au droit de souveraineté de l'*universitas* et non à un prétendu droit de propriété. Vainement l'auteur de l'*Esprit du Droit romain* emprunte un argument d'analogie à ce passage de Frontin auquel nous avons déjà fait allusion. L'argument ne porte pas, car il pèche par sa base. En effet, les bois sacrés mentionnés par Frontin n'entrent pas, à proprement parler, dans la catégorie des *res sacræ*, parce qu'ils n'ont pas été l'objet d'une consécration régulière à une divinité reconnue par la législation romaine. Ce sont des *sacra* ou des *quasi-sacra* ; les uns affectés aux besoins du culte plutôt qu'à tel ou tel culte, les autres abandonnés à des divinités étrangères, mais ayant ceci de commun que l'État ou les cités exercent sur eux un véritable *dominium*. Ces bois sont fort nombreux dans les provinces et, comme Frontin a surtout en vue le

régime foncier de celles-ci, on peut affirmer hardiment que c'est de ces *quasi-sacra* qu'il entend parler. Il n'y a donc aucune raison plausible pour interpréter le texte de Gaius et celui de Frontin en détournant les mots et les tournures grammaticales de leur sens normal, pour prétendre que les *res universitatis* ne sont pas des biens appartenant aux corporations publiques.

Est-il besoin de démontrer que la mise hors du commerce, que l'indisponibilité d'une chose ne la rendent pas forcément *res nullius*, ne l'empêchent pas d'être susceptible de propriété? Ne peut-on concevoir une propriété intransmissible, un *dominus* dont les mains sont liées et qui doit rester en cet état, tant que la chose conserve sa destination? Il semble que poser la question soit la résoudre, que le doute ne puisse provenir que d'un malentendu.

Ainsi, des deux textes qui sont le fondement de la théorie que nous combattons, l'un, le second, ne devrait même pas être invoqué dans la controverse, tandis que l'autre constitue le meilleur argument dont nous puissions nous prévaloir. Ce n'est pas seulement le seul. Comment expliquer, en effet, que le jurisconsulte Ulpien, opposant les *res nullius* aux *res alicujus*, classe les terrains publics parmi ces dernières, si l'on se refuse à admettre que l'État est vraiment propriétaire de son domaine public(1). Ce jurisconsulte subdivise les *res alicujus* en deux groupes, celles des particuliers et celles du public, *publica aut singulorum*; comme les simples citoyens n'ont aucun droit de souveraineté sur les biens qu'ils possèdent, comme ils en sont propriétaires, on est autorisé à con-

(1) V° L. 4, pr. D. (43. 4).

clure du rapprochement que le second groupe est lui-même objet de propriété.

Un autre texte d'Ulpien définit les voies publiques : celles dont le sol est public et les oppose aux chemins privés dont l'usage, dit-il, est au public et la propriété aux particuliers. Il semble, par conséquent, que le sol de la voie publique soit une propriété publique.

Notre système est corroboré, en outre, par le passage des *Institutes* relatif à l'attribution des trésors (1). Justinien déclare confirmer une contitution d'Adrien en vertu de laquelle le trésor, trouvé sur le terrain d'autrui, doit être partagé entre l'inventeur et le propriétaire, puis il décide, par application de cette règle, que le fisc prendra la moitié de ceux qui seront découverts en un lieu public. M. de Ihéring répond, il est vrai, que cette attribution a sa source dans le droit de souveraineté de l'État, qu'il n'est pas nécessaire de le supposer propriétaire, puisque ce n'est pas en cette qualité que Marc-Aurèle lui accorde dans la même proportion partie des trésors découverts en un lieu religieux ou sacré (2). Mais l'explication est inacceptable pour le droit de Justinien, les *Institutes* rattachant formellement la disposition qui nous occupe à la précédente, c'est-à-dire à l'idée de propriété et elle nous paraît insuffisante, même pour l'époque de Marc-Aurèle. En supposant que cet empereur n'ait pas obéi à une préoccupation purement fiscale, l'attribution à l'État de la moitié du trésor contenu dans un terrain sacré, s'explique rationnellement par ce fait que l'État, comme ancien

(1) *Institutes*, § 39 (2. 1) ; cf. Dernburg, *Rechtsgutachten...*, p. 16 et suiv.

(2) V^o Ihéring, *Troviderung...*, p. 17.

propriétaire du terrain, est tout désigné pour recueillir la partie qui doit faire retour à la propriété, puisque le dieu ne peut y prétendre, le trésor n'étant pas compris dans la *consecratio*.

Reste à démontrer que les jurisconsultes ont pu se référer à un véritable *dominium*, que les deux conceptions de propriété et d'usage public n'offrent rien d'inconciliable. Nous allons, pour le moment, nous contenter d'une affirmation que nous nous proposons de justifier plus tard.

La nature du droit que l'État romain possède sur les « *res in usu publico* » donne lieu, nous venons de le voir, à un grave problème dont la solution est susceptible d'avoir un contre-coup jusque sur les législations modernes. En revanche, semble-t-il, il ne saurait s'élever de difficultés bien sérieuses au sujet de la condition juridique qui pratiquement leur est faite à l'époque impériale. Sur ce point, en effet, les textes abondent et pour la plupart ils sont d'une limpidité parfaite.

Le domaine public *stricto sensu* est hors du commerce, absolument indisponible entre les mains de ceux qui en ont la propriété ou l'usage ; (la solution de cette controverse n'exerce, en droit romain, aucune influence sur la question dont nous avons à nous occuper, puisque cette dernière est réglementée en détail par les jurisconsultes).

Un premier point ne peut pas soulever de difficultés : il est interdit, à Rome, d'usucaper les *res in usu publico*. Une loi au *Digeste* l'affirme expressément et, d'ailleurs, cela va de soi (1) ; comment les concevoir prescriptibles, lorsque les *res fiscales* du domaine impérial ne le sont

(1) V^o L. 9. D. (41. 3).

pas ? Elles répugnent également à toute espèce d'appropriation de la part des particuliers et ne peuvent faire l'objet même d'une constitution de servitude ou de droit réel quelconque. Toute vente, toute stipulation, toute transaction est nulle et non avenue si elle se rapporte à une dépendance du domaine public. L'État n'a donc pas le droit d'en disposer sous réserve de la servitude d'usage public ; la thèse contraire défendue par Wappäus est en contradiction manifeste avec les textes et, par suite, doit être rejetée (1). Bien mieux, il résulte de plusieurs fragments, eux aussi imprimés au *Digeste*, que la vente serait inopérante, dans l'hypothèse même où l'acquéreur aurait connu le caractère public de la chose, que la stipulation resterait inefficace même si les parties avaient prévu l'éventualité d'un déclassement. La nullité est définitivement acquise, quoi qu'il advienne, que la condition se réalise ou non, et cependant la vente d'une chose future n'offre rien d'illicite. Les jurisconsultes romains fournissent l'explication de cette anomalie plus apparente que réelle : la désaffectation d'une chose publique constitue une éventualité qui sans doute ne se réalisera pas, car elle est contraire à l'ordre naturel des faits, un hasard dont par suite le droit n'a pas à tenir compte.

Quelques auteurs affirment cependant que les *res in usu publico* peuvent être l'objet d'un droit réel au profit des particuliers, qu'elles sont susceptibles sinon de propriété privée du moins d'une véritable servitude. Cette théorie paraît avoir un sérieux point d'appui dans la loi ; on invoque, en ce sens, la formule de l'interdit « *ne quid in loco publico* » qui laisse supposer qu'un particulier peut obte-

(1) Wappäus, *op. cit.*, p. 39 à 42.

nir du sénat ou du prince de faire une construction, un aménagement ou un dépôt sur un lieu public et on prétend fortifier l'argument par un second texte où il est dit qu'on a coutume de demander à l'empereur l'autorisation de faire passer à travers les voies publiques les tuyaux nécessaires à une servitude de puisage ou d'aqueduc (1).

Nous croyons, conformément à l'opinion commune, qu'il faut analyser l'octroi de cette faculté en une concession précaire non constitutive de droit, en une pure faveur administrative toujours révocable; elle n'a d'un démembrement de la propriété que l'apparence. Cette solution s'impose si on lit le dernier texte dans son entier, si l'on veut bien tenir compte du membre de phrase qui décide que l'existence d'un chemin public entre deux fonds voisins est un obstacle à l'exercice d'une servitude d'aqueduc (2). La réserve contenue dans l'interdit *ne quid in loco publico* se réfère certainement à une concession de même nature; avec tout autre système, comment expliquer ce passage du Code où il est rapporté que malgré un rescrit du prince autorisant les travaux édifiés par les particuliers sur un lieu public, malgré la prescription, l'autorité administrative peut, à toute époque, ordonner leur démolition (3).

Les jurisconsultes romains ne donnent, nulle part, une énumération limitative des dépendances du domaine public; ils ne songent pas davantage à fournir un critérium

(1) Cf. L. 34, § 4, D. 48. 4 et L. 83, § 5, D. 45. 4. Wappäus estime pour rester fidèle à sa théorie que les parties avaient cru ne vendre ou ne stipuler qu'une *res in pecunia populi*.

(2) V° L. 2, pr. D. (43. 8) et L. 14, § 2, D. (8. 4).

(3) V° L. 6, Code, De oper. publ., (8. 12).

à l'aide duquel il serait facile de combler d'inévitables lacunes. Il n'est cependant rien de plus simple que la recherche de ce critérium qui ressort clairement de l'ensemble de la théorie, telle que nous l'avons exposée. La domanialité publique, sous l'Empire comme sous la République, est un fait dérivant de la nature même des choses, un fait, nous l'avons déjà vu, qui ne saurait résulter d'une affectation purement artificielle et légale. L'expression technique, *res publica in usu publico*, le démontre à elle seule, l'*usus publicus*, voilà bien à Rome le signe révélateur et caractéristique, la condition nécessaire mais suffisante de la domanialité publique. Quelques développements nous semblent indispensables.

En réalité, l'*usus publicus* que nous envisageons ici se compose de deux éléments : l'un, l'usage effectif par tous ou à la portée de tous, est matériel, l'autre, l'affectation préalable et régulière à cet usage, faite au nom du public par ceux qui ont qualité pour le représenter, est un élément de droit. Il n'y a pas, il ne peut y avoir de *res in usu publico* en l'absence de l'un d'eux. Ce n'est pas assez, en effet, que le public ait la jouissance d'un objet, d'un terrain, d'un édifice, pour que ceux-ci revêtent aussitôt le caractère domanial ; il faut que cet usage public soit vraiment la destination de la chose, sa raison d'être ; il faut que cette prise de possession soit justifiée en droit, qu'elle trouve son fondement dans un acte de l'autorité ayant pour but de mettre la *res publica* à la disposition de tous, dans une affectation à perpétuité émanant des magistrats compétents. D'autre part, cet acte de l'autorité est à lui seul impuissant à créer la domanialité, à changer la condition juridique de la chose affectée, tant qu'il n'a pas reçu de réalisation. Si l'intervention des magistrats est

nécessaire, à coup sûr, elle n'est pas suffisante; il faut qu'il y ait, en outre, usage public conforme à la destination qu'ils ont imposée ou, du moins, que cet usage soit possible. Toutes ces idées sont exprimées dans une formule très concise que les jurisconsultes semblent répéter à plaisir : « *res in perpetuum usibus publicis destinata relicta* ».

Il importe, pour éviter toute méprise, de préciser le sens exact que revêt le mot usage en notre matière. On doit se garder de l'entendre dans une acception trop restreinte : l'usage public ne consiste pas nécessairement dans des faits matériels, dans des actes de passage ou de parcours par exemple, il peut ne se manifester que par une jouissance d'un ordre intellectuel, par le plaisir des yeux. C'est ce qui se produit pour les choses affectées à la satisfaction des besoins artistiques ou moraux du peuple romain au temps des Césars; le public n'en jouit que d'une manière conforme à leur nature physique, au but spécial auquel elles sont consacrées, et cependant cela suffit pour les rendre inaliénables, imprescriptibles, pour les faire bénéficier de la domanialité publique. Les dépouilles des vaincus érigées en trophées afin de perpétuer le souvenir des victoires romaines, les statues élevées en l'honneur des citoyens illustres, après un décret du sénat, et même celles que les particuliers font dresser de leur propre initiative (au moins dans le dernier état du droit) sont dans ce cas. Sous l'Empire, lorsque, au contact de la Grèce, la civilisation latine s'est affinée, les livres des bibliothèques, les collections enfermées dans les musées et les objets d'art servant à la décoration publique partagent le même sort et participent à la même protection que les routes, que les fleuves, car le public en jouit

directement par un contact immédiat, sinon absolument matériel avec la chose.

A l'inverse, l'affectation à l'usage public ne doit pas s'entendre de toute destination à l'utilité collective des citoyens, à l'intérêt général ; c'est ainsi que les terrains ou les édifices consacrés au fonctionnement d'un service public sans être ouverts au public, c'est-à-dire à tout le monde, ne peuvent être rattachés qu'au domaine privé du peuple romain. Les textes, en effet, font figurer parmi les *res in usu publico* les bains et thermes, les théâtres, stades, arènes, amphithéâtres, tous lieux où chacun a droit d'entrée ; ils n'y rangent ni les bâtiments d'administration, ni les hôpitaux et hospices, ni ces greniers à blé, objet cependant de toute la sollicitude impériale, en un mot, aucun immeuble où les citoyens n'aient libre accès. Il n'y a vraiment pas lieu de s'en étonner si l'on songe à l'idée qui préside aux conceptions domaniales des Romains : ce genre d'affectation ne pouvait leur paraître suffisant pour absorber toute l'utilité dont la chose qu'il frappe est susceptible, pour rendre celle-ci incapable d'une appropriation privée de la part des particuliers.

Nous n'avons, jusqu'à maintenant, fait aucune allusion à un domaine public municipal, nous n'avons pas encore recherché si parmi les biens appartenant aux cités, municipes, colonies, etc., il ne convient pas d'établir une distinction analogue à celle dont nous venons de voir poindre puis s'accroître les traits principaux. Ces cités comptent-elles dans leur patrimoine non seulement des *res in pecunia populi* aliénables, en principe, sous certaines formalités, mais des *res in usu publico* semblables à celles de l'État ou doit-on admettre que, dans toute l'étendue de

l'Empire, toutes les choses soumises à l'usage public sont la propriété du peuple romain et plus tard de l'État, sauf à rester sous la garde des autorités locales ?

C'est incontestablement la première hypothèse qui est seule exacte. Au point de vue rationnel, on ne comprendrait pas qu'il n'en fût pas ainsi, chaque cité nous étant représentée par les jurisconsultes comme formant une unité politique analogue à celle du *populus romanus*, un petit État dont les habitants peuvent longtemps ne pas être citoyens romains, mais ayant un patrimoine social, une large autonomie et parvenu à la personnalité juridique avant la *civitas romana* elle-même. Les textes, d'ailleurs, rendent toute controverse impossible et toute démonstration superflue ; ils désignent sous le nom générique de *res publicæ* ou de *res universitatis* l'ensemble de leur domaine et cet ensemble comprend des biens purement patrimoniaux, des édifices consacrés à des services publics et, enfin, des choses affectées à l'usage de tous, telles que rues, places, voies municipales, théâtres, stades, bains publics, etc.

Ce domaine public municipal sera avec notre théorie l'objet d'un droit de propriété analogue dans ses effets et dans son étendue à celui que l'État possède sur la partie correspondante du domaine national. Les mêmes objections et les mêmes arguments pouvant être invoqués pour ou contre cette solution, nous n'avons pas à la discuter à nouveau. Nous croyons aussi que les mêmes règles doivent présider au classement domanial, que l'*usus publicus* doit s'entendre de la réunion des mêmes éléments. Il est vrai que parmi les biens appartenant aux colonies on trouve des terrains affectés à des services publics, par exemple à l'entretien des temples, à la sépulture des indi-

gents, terrains que les écrits des *Agrimensores* représentent comme indisponibles. Mais, ainsi que l'a fort justement montré M. Saleilles, ce n'est point parce qu'ils ont le caractère de dépendances du domaine public, puisque les biens des colonies qui ne sont l'objet d'aucune affectation spéciale sont également inaliénables. En réalité, les uns et les autres sont attribués à la *persona coloniae*, être fictif qui représente et personnifie la colonie et cela suffit à les mettre hors du commerce, à en faire en quelque sorte des *res divini juris* (1).

SECTION III

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Malgré les ravages causés par un long travail de désagrégation, l'organisation administrative romaine atteint un tel degré de perfectionnement que tout est encore parfaitement coordonné dans les diverses parties de l'Empire, au moment où s'accomplit la dislocation définitive. Sans doute, le domaine de l'État se confond, dans une trop large mesure, en Gaule comme partout ailleurs, avec celui du prince, mais l'invasion germanique y trouve une démarcation nettement établie entre le domaine public et le domaine privé, entre le domaine national et le domaine municipal. Cet état de choses prend fin aussitôt pour ne laisser place qu'au chaos le plus complet.

Les chefs barbares ne sont pas arrivés cependant sur le sol de l'Empire avec un système préconçu de destruction

(1) V^o Saleilles, *op. cit.*, p. 65 à 70.

et de bouleversement. C'est à l'ignorance des nouveaux venus, bien plus qu'à leur mauvais vouloir, qu'il faut attribuer la ruine des institutions et de la civilisation romaines. S'ils avaient su mettre en œuvre ce merveilleux instrument d'administration, ils n'auraient certainement pas manqué de le faire, mais, entre leurs mains malhabiles, ce fut un ressort impuissant.

Dans un premier paragraphe, nous allons assister à la disparition de toutes les notions rationnelles reçues en matière domaniale, puis au développement et à la réglementation du domaine de la couronne. Dans le second, nous aurons plus spécialement à parler du domaine municipal, des églises et des cimetières.

§ 1. — Domaine de l'État ou de la Couronne.

Pour se rendre un compte exact des conceptions alors en cours, il convient de distinguer deux périodes, dont l'une va de l'invasion à Philippe le Bel et l'autre du règne de ce prince à 1789.

Première période. — De nombreux historiens ont recherché sans parvenir à se mettre d'accord et, par suite, sans résoudre définitivement la question, à quel titre les Barbares se sont établis sur le sol de la Gaule. Une chose cependant paraît certaine : les populations gallo-romaines n'ont pas été expropriées par les envahisseurs, sauf peut-être par les Burgundes, elles n'ont pas eu à subir, au moins en thèse générale, le partage des terres (1). Mais,

(1) V^o dans la *Nouvelle revue historique* de 1888 *Le régime de l'hospitalité chez les Burgundes* par Lésuzon Le Duc.

si les Barbares ont respecté les propriétés particulières, il n'en a pas été de même des propriétés publiques.

Les rois francs s'emparent notamment des terres fiscales et, de la sorte, mettent la main sur d'immenses domaines dont ils se réservent une grosse part, distribuant le surplus à leurs compagnons. L'esprit simpliste des premiers Mérovingiens, incapable de s'assimiler les distinctions subtiles de la législation romaine, ne voit dans le domaine public proprement dit que des biens comme les autres, susceptibles, eux aussi, de produire un revenu et les traite en conséquence. Les Césars en avaient laissé la propriété au peuple comme ne leur étant d'aucune utilité ; les princes francs ne peuvent être retenus par un scrupule dont la cause leur échappe, aussi vont-ils s'en emparer.

Les taxes multiples auxquelles l'usage des choses publiques est assujetti trouvent dans cette attribution leur raison d'être et leur justification après en avoir été la cause première. A cette époque, en effet, les taxes les plus diverses, péages, droits de passage ou de navigation gênent le commerce et entravent toute circulation. Loin de tomber en désuétude avec le temps, ces redevances deviennent de plus en plus lourdes entre les mains des collecteurs avides et intéressés ; elles subsistent encore sous Charlemagne et ses successeurs (1).

Le cens foncier et les autres impôts changent de nature et tombent dans le commerce ; ils ne dérivent plus de l'idée de souveraineté, mais de celle de propriété. On les assimile aux revenus des biens domaniaux et le roi les prélève au même titre que les droits qui grèvent la jouis-

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. II, n° 353.

sance des choses publiques, c'est-à-dire en qualité de propriétaire, aussi cesse-t-il de percevoir tout impôt hors des limites de son domaine. Là même où il en conserve la disposition, il s'en dépouille souvent, soit par voie d'exemption, soit par voie d'attribution directe; l'immuniste, en effet, n'est pas seulement déchargé de l'impôt, dispensé de le payer, il lui est permis de le percevoir à son profit et pour son compte.

Les choses domaniales, à plus forte raison, sont essentiellement aliénables; le roi peut les concéder à temps, les vendre, en faire donation à qui bon lui semble sans restriction ni contrôle d'aucune sorte. Elles sont assimilées à un propre du roi, les mœurs excluant l'idée d'un patrimoine national grevé de charges publiques. Cette faculté de disposition ne tarde pas à dégénérer en abus; à chaque instant, de nouvelles concessions territoriales diminuent le nombre des biens de la couronne et affaiblissent à la fois le prestige et l'autorité effective de la monarchie. Le bénéfice, d'abord précaire et viager, tend de plus en plus à se transformer en propriété parfaite et incommutable; les officiers de justice, de leur côté, considèrent comme leur appartenant non seulement les profits attachés à leurs fonctions, mais encore le territoire sur lequel ils exercent ces dernières. Enfin, le capitulaire de Kiersy-sur-Oise porte le dernier coup à la puissance des faibles descendants de Charlemagne en établissant l'hérédité des fonctions publiques. Tout va devenir réel, patrimonial et mercantile; en un mot, la féodalité commence et les tendances que nous avons déjà constatées atteignent leur apogée sans se modifier (1).

(1) Cf. pour plus de détails de Récy, *Traité du domaine*, nos 41 à 65 et Béquet, *Répertoire de droit administratif*, *Domaine*, id.

Le caractère dominant de cette longue période est l'affaiblissement du pouvoir central en face d'une fiscalité excessive, les deux faits ayant leur source dans l'idée de propriété dont le développement outré englobe ou anéantit les autres notions, souveraineté, fonction publique, etc.

On discute entre jurisconsultes sur le point de savoir si telle ou telle catégorie de chemins ou de cours d'eau appartient au roi ou aux seigneurs justiciers, mais il est certain que l'un des deux en est propriétaire et peut en disposer sinon par vente, du moins par la voie de l'inféodation. En réalité, durant la période féodale, comme dans celle qui l'a précédée, il n'existe plus de domaine public; celui-ci a été envahi, absorbé par le domaine privé et c'est uniquement en qualité de choses privées, transmissibles, négociables, concessibles, que les anciennes *res in usu publico* du droit romain sont envisagées (1).

Seconde période. — Le duc de France revêtu de la dignité royale n'est, tout d'abord, qu'un seigneur féodal pourvu d'un titre nu. Les premiers Capétiens ne sont ni plus ni moins puissants que les derniers Carlovingiens, jusqu'à Philippe le Bel dont l'avènement marque une date capitale dans l'histoire du droit public et particulièrement dans celle du domaine. Une période de réaction commence; supérieur à ses grands vassaux, le roi de France va reconquérir les prérogatives de la souveraineté et reconstituer le domaine de la couronne, en attendant le jour où, pour le protéger contre ses propres faiblesses, il proclamera l'indisponibilité des biens qui le composent.

(1) V^o Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, n^o 77; Beaumanoir, ch. xxv, n^o 4; Charondas, *Observ. mémorables*, *Eaux*.

Dans leur lutte contre la féodalité, les rois sont fortement aidés par les légistes qui savent donner aux prétentions de la couronne des apparences de justice et de légalité. Le droit romain et les règles féodales sont tour à tour invoqués par eux ; ils compulsent les lois des fiefs lombards, le Livre des fiefs rédigé, au ^{xii}^e siècle, par des jurisconsultes milanais, sur les ordres de Frédéric Barberousse. Peu scrupuleux sur le choix des moyens, ils créent des maximes nouvelles : « *omnia sunt regis* » ; « toute justice émane du roi » ; « le roi est le souverain fief, le souverain voyer du royaume » ; « nul n'a de fisc si ce n'est le roi ». Ils faussent, au besoin, les principes reçus et ne se font faute ni de détourner les textes de leur sens normal, ni d'abuser des mots. « Mais, ainsi que l'observe M. de Récy, l'usurpation des seigneurs avait été si évidente, leurs abus tellement énormes que la cause de la royauté était gagnée d'avance auprès des populations qui reçurent son intervention comme un bienfait (1). »

Par l'envahissement des justices seigneuriales, le domaine de la couronne s'adjoint les grands chemins et les grandes rivières, résultat constaté par tous les feudistes. En outre, le roi se proclame « garde général du royaume » investi du droit de réglementation et de surveillance, même en dehors des provinces rattachées à sa couronne.

Les successeurs de Philippe le Bel se rappellent à propos que l'appauvrissement du Trésor et les concessions territoriales arrachées à la faiblesse des derniers Carolingiens ont été les deux causes principales des malheurs et

(1) De Récy, *op. cit.*, t. I, p. 42, n^o 71 ; cf. ; Boutaric, *La France sous Philippe le Bel*, p. 226 et suiv.

de la chute de la seconde dynastie. Dès 1318, une ordonnance de Philippe le Long décide que les dons faits par ses prédécesseurs seront réunis à son domaine, « jusqu'à ce que les possesseurs aient produit leurs titres, et qu'ils aient été examinés devant sa Cour ». A partir de cette date, les différents rois qui se succèdent sur le trône de France, édictent des mesures conservatrices pour le présent, la révocation pour le passé et parfois l'interdiction d'aliéner à l'avenir. Mais toutes ces prescriptions demeurent, le plus souvent, lettre-morte et l'histoire du domaine aux ^{xiv}^e, ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles, n'est que celle des efforts tentés par les princes pour se donner un frein et puis pour s'y soustraire. Chacun d'eux, soit de son propre mouvement, soit ému par les doléances des États généraux, édicte des mesures destinées à assurer la conservation du patrimoine de la couronne ; tous, ils s'en interdisent la libre disposition et cependant tous succombent à la facilité que leur donnent les institutions politiques pour le démembrer. Il faut aller vraiment jusqu'à l'ordonnance de Moulins, en 1566, pour trouver dans l'indisponibilité du domaine, autre chose qu'une réaction violente et périodique succédant à une série de faiblesses.

Cette ordonnance célèbre se distingue de celles qui l'ont précédée en ce que les rédacteurs ne se bornent pas à prendre des mesures exceptionnelles contre les détenteurs de biens ayant autrefois appartenu au roi. Elle organise l'exercice de l'indisponibilité, lui donne une formule juridique et l'élève à la hauteur d'un principe de droit public, en enchaînant la liberté royale par un ensemble de dispositions destinées à empêcher toute aliénation irrégulière. Dans ce but, défense est faite aux Parlements d'enregistrer les lettres patentes d'aliénation hors des cas prévus par

l'ordonnance. Il est, en effet, dérogé à la règle ordinaire dans deux hypothèses spéciales : pour subvenir aux nécessités de la guerre et pour constituer des apanages aux puînés de la maison de France ; mais il importe de remarquer que, dans l'un et dans l'autre cas, l'aliénation n'est pas définitive : les apanages doivent faire retour à la couronne, en l'absence de descendants mâles de l'apanagiste, et les ventes sont soumises à la faculté de rachat.

Un point essentiel cependant est omis dans l'ordonnance de Moulins. Il n'y est pas fait mention de l'imprescriptibilité du domaine royal, aussi les anciens juristes ont-ils eu à se demander si elle n'y était pas implicitement contenue. Les raisons de douter sont des plus sérieuses. Si l'imprescriptibilité résulte, en général, de l'inaliénabilité, on peut, dans ce cas particulier, argumenter en sens contraire du silence de l'ordonnance, rendu, semble-t-il, plus significatif par ce fait qu'en 1539 François I^{er} déclarait formellement qu'on ne devait tenir aucun compte de la longueur de la possession. Henri II décidait, en outre, en 1555, à la requête des habitants du Dauphiné, que les dispositions du droit romain permettant d'opposer aux poursuites des agents du fisc la prescription centenaire continueraient à être appliquées dans la province. Après avoir divisé, durant tout un siècle, la doctrine et la jurisprudence des Parlements, cette controverse prend fin par un édit d'avril 1667 qui se prononce en faveur de l'indisponibilité complète du domaine de la couronne (1).

(1) Cf. dans le sens de l'admissibilité de la prescription centenaire Chopin, l. III, t. XVIII, n° 3 et Loysel, *Institutes coutum.*, *Prescription*, n° 46; *contrà*, Bodin, *De republica*, VI, chap. II; Dupuy, *Des droits du roi sur le royaume de Bourgogne*; Godefroy, *Coutume de Normandie*, art. 521.

Indépendamment de sa grande ordonnance de février 1566, Charles IX fait paraître, le même mois, à Moulins, un édit où, prenant en considération la nécessité de mettre en culture les terres vaines et vagues, les prés, palus et marais vacants dépendant du domaine, il décide que ces biens peuvent être aliénés à perpétuité. Tel est le point de départ de la division du patrimoine de la couronne en grand et petit domaine, expressions qui apparaissent, pour la première fois, dans le règlement du 8 avril 1672 et que l'on trouve reproduites dans tous les textes postérieurs. Au XVIII^e siècle, le petit domaine appelé souvent petites régales comprend, outre les choses mentionnées par l'édit de Moulins, des moulins, fours, pressoirs, halles, boutiques, les anciens ouvrages militaires tels que fossés, murs, remparts. Suivant l'observation fort juste de d'Aguesseau, il se compose « de biens dont on ne peut user qu'en les aliénant... que le roi perd en voulant les garder ». Basée sur des considérations d'utilité publique, excellente au point de vue théorique, cette distinction des grandes et des petites régales manque, en réalité, de précision, aussi est-elle pour la royauté un moyen détourné de se soustraire au principe de l'inaliénabilité.

Nous venons de le voir, la monarchie parvient, après de longs et patients efforts, à abattre la féodalité et à établir sur les ruines de cette dernière le pouvoir absolu. Elle reconquiert de haute lutte l'intégrité de son domaine, puis tente de la soustraire aux usurpations des particuliers et aux conséquences de ses propres entraînements. Mais une chose demande à être placée spécialement en relief : c'est le véritable caractère, la signification exacte de cette mise hors du commerce qui ne ressemble en rien à l'indisponi-

bilité du domaine public proprement dit dans le droit romain ou sous l'empire de notre législation moderne.

Les rois, dans plusieurs de leurs édits, expliquent la règle posée par l'ordonnance de Moulins en invoquant le caractère sacré de la couronne. Il nous semble beaucoup plus juridique de faire intervenir l'idée d'une substitution perpétuelle.

On ne doit pas l'oublier, en effet, jusqu'à 1789, le roi s'identifie avec la nation, il y a confusion entre la personnalité du prince et celle de l'État. De même qu'à Rome au temps des Césars, le monarque est le seul organe, l'unique représentant des intérêts collectifs, la nation française n'a pas une existence légale indépendante de celle de son souverain, elle est absorbée par ce dernier et disparaît derrière lui. Aussi ne trouve-t-on, à cette époque, qu'une seule espèce de domaine, le domaine de la couronne, où les biens de l'État et ceux du prince sont étroitement confondus et dont ce dernier est le titulaire.

En se rappelant ces données élémentaires, il devient très facile de comprendre la portée de l'inaliénabilité domaniale et de lui indiquer une base rationnelle. Voici, d'ailleurs, en quels termes s'exprime un auteur dont nous croyons devoir adopter l'opinion, M. des Glajeux : « Comme le roi ne mourait pas en France, comme chaque souverain n'était qu'un anneau d'une longue suite de monarques, comme il n'avait reçu de ses prédécesseurs que pour transmettre à ses successeurs, comme enfin le domaine était l'unique revenu de la couronne, et que la couronne ne peut se passer d'un revenu, il en résultait que le domaine était inaliénable. L'État ne pouvait aliéner, parce qu'il s'était dépouillé en faveur du monarque, et le monarque non plus, parce que la propriété des biens de

la couronne était grevée entre ses mains d'une substitution perpétuelle » (1).

L'indisponibilité, sous ce régime, n'est pas substantielle, mais arbitraire et factice; elle tient à la condition des personnes et non à la force des choses. En réalité, après comme avant 1566, le domaine public et le domaine privé sont confondus et restent régis par les mêmes principes. Il est certain, en effet, que la distinction établie à Moulins ne correspond pas à la division classique du domaine : des dépendances incontestables du domaine public romain ou actuel font partie des petites régales et, à ce titre, restent aliénables. Si les grands chemins, les fleuves et rivières navigables, les murs des places fortes, certains édifices publics sont garantis contre les empiètements des particuliers et placés hors du commerce, ce n'est point qu'ils résistent par leur affectation ou par leur nature à toute appropriation privée, c'est parce qu'ils sont susceptibles de perceptions et de produits qu'il importe de conserver intacts au Trésor. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne s'expliquent donc pas par l'intérêt du peuple, mais par celui du souverain, qui en est la cause et la limite.

L'édit de Moulins et les ordonnances qui le suivent font, il est vrai, figurer dans le petit domaine les rivières navigables, les ports et les chemins publics; aussi a-t-on parfois prétendu que ces textes se réfèrent à la propriété du souverain et en autorisaient la libre disposition. C'est se méprendre sur leur véritable portée, nous le croyons du moins. A notre sens, les textes dont nous parlons

(1) Des Glajeux, *Traité de l'aliénation et de la prescript. des biens de l'Etat*, etc.

n'ont en vue que les droits et profits pécuniaires dont les ports, les rivières et les chemins sont susceptibles (1). L'édit de 1566, en effet, est emprunté au Livre des fiefs milanais, or cet ouvrage mentionne parmi les droits régaliens réservés à l'État ou plutôt à l'empire les choses publiques, particulièrement les chemins publics et les rivières. D'autre part, la composition du petit domaine étant basée sur l'idée qu'il occasionne par lui-même plus de dépenses que de profits et qu'on l'utilise surtout par l'aliénation, il aurait été illogique de classer au rang des petites régales des choses alors productives de revenu, puisque l'usage en était taxé, une source aussi féconde de richesse pour la couronne comme pour le pays tout entier.

Les ouvrages militaires, tels que les fortifications et les remparts des villes, sont, sans contestation possible, la propriété du roi, depuis un édit de 1681; ils dépendent du grand domaine et, par conséquent, ils doivent demeurer inaliénables et indisponibles. Il en est de même, nous l'avons déjà dit, de la grande majorité des édifices publics domaniaux, en particulier des palais et résidences royales administrés par les soins des officiers des bâtiments royaux sous la surveillance du directeur et ordonnateur général des jardins du roi. Dans les provinces, ils se trouvent placés, de fait sinon de droit, sous l'autorité des intendants. Citons parmi les textes relatifs à cette matière un édit de janvier 1716 qui crée la charge de surintendant des bâtiments du roi et la déclaration du 1^{er} septembre 1776 sur l'administration de ces palais et de ces bâtiments.

(1) En ce sens Wodon, *Traité des choses publiques*, nos 53, 54, 60 et 67, 68 à 75, 112 et 113, 149 et 150, 163 à 165.

Cependant un certain nombre de jurisconsultes qui, selon l'expression de M. Saleilles, « font du droit romain en abstraction et en raison pure », cherchent, vers le XVIII^e siècle, à séparer les biens susceptibles par nature de propriété privée des choses qui y résistent (1). Ils émettent, sous l'influence des écrits de l'interprète Placentinus, l'opinion que les biens domaniaux livrés à l'usage public n'appartiennent, en réalité, à personne et présentent cette conception nouvelle comme une théorie romaine, comme contenue dans les textes de Gaius ou de Justinien. C'est encore le résultat d'une méprise, car, si le droit romain divise les *res publicæ* en deux catégories, nous savons aussi qu'il a pris pour base de sa distinction non pas la question de propriété, mais celle de disponibilité.

Domat, dans son traité sur le *Droit public*, refuse de comprendre les fleuves, les rivières, les rivages et les grandes routes dans le domaine du souverain et observe à cette occasion que, les choses publiques étant hors du commerce, « les droits qu'y ont le souverain et les particuliers sont d'une autre nature que ceux que donne la propriété ordinaire ». Le roi, d'après lui, ne puise le droit d'administrer les usages publics que dans sa qualité de chef du public et de la police de la société. Le *Traité des lois civiles* de cet auteur est conçu dans le même esprit.

Un savant domaniste, Lefebvre de la Planche, s'exprime en ces termes : « La mer, les rivières, les grands chemins, les rues, murs, remparts et fossés des villes

(1) Saleilles, *Revue Bourguignonne*, 1891, *Loi du 30 mars 1887*, etc., p. 666.

sont constamment au rang de ces choses qui ne sont pas susceptibles de commerce ni de seigneurie privée. Mais ces différentes choses peuvent produire des fruits qui en sont susceptibles (1). » La prétention des princes à la propriété des fleuves et rivières, prétention tant de fois manifestée dans les textes officiels, lui paraît n'avoir d'autre objet que les droits utiles (2).

« Tout ce qui est public ou n'appartient à personne, écrit à son tour Loyseau (3), n'appartient pas forcément au souverain » et il ajoute que « c'est une question illusoire de disputer de la propriété des choses publiques, puisqu'elles sont incapables de seigneurie privée, que chacun en a seulement l'usage, pendant que le souverain en a la direction par sa souveraineté et les seigneurs par leur justice primitive ». Dans les chapitres suivants, il essaie de démontrer « que la vraie propriété des chemins n'appartient pas au roi, car... ils sont de la catégorie des choses qui sont hors du commerce, dont partant la propriété n'appartient à personne, mais l'usage est à chacun, qui pour cette cause sont appelées publiques. »

Legrand (4) avec la *Coutume de Troyes* et Dunod dans son traité sur la *Prescription* tiennent à peu près le même langage; d'Argentré n'est pas moins explicite dans ses études sur la « Coutume de Bretagne ».

(1) Domat, *Droit public*, liv. I, tit. VI, sect. I, nos 7 et 8 et tit. VIII, sect. II, n° 4; *Lois civiles*, liv. prél., tit. III, sect. I, nos 2 et 3.

(2) Lefebvre de la Planché, *Traité du domaine*, liv. I, ch. II, art. 4.

(3) Loyseau, *Traité des seigneuries*, ch. III, § 84; ch. IX, § 73 et 75; ch. XII, § 118 et suiv.

(4) Legrand, *Coutume de Troyes*, tit. VII, art. 130 et tit. X, art. 179; Dunod, *Prescription*, part. I, ch. XII et part. III, ch. V et XI.

Ces idées sont exprimées, en termes analogues, dans les remontrances du Parlement de Bordeaux du 30 juin 1766 : « Il y a des biens appartenant en commun à la nation tels que les rivières, les rivages, dont la garde et la conservation sont l'attribut de la souveraineté. Il n'était pas besoin de loi pour déclarer ces biens inaliénables, parce qu'ils le sont par leur nature... Ce n'est pas une véritable propriété dans la main du souverain, mais plutôt un dépôt qui lui a été confié de la chose commune ou publique ».

Malgré la grande et légitime autorité des jurisconsultes qui ont adopté cette doctrine, elle est loin d'avoir triomphé; à la veille de la Révolution, ce n'est pas encore l'opinion dominante. Nous croyons même qu'on a beaucoup exagéré l'importance des déclarations que nous venons de relater et que, pour rester dans le vrai, on doit les présenter moins sous la forme d'une théorie scientifique que comme une manifestation de la tendance naturelle de tous les esprits indépendants à réagir contre l'absolutisme monarchique. C'est ainsi, pour se borner à un exemple, que le but poursuivi par Loyseau est de faire attribuer aux communes certains profits prélevés par le fisc ou les seigneurs, à raison de leur droit de propriété.

A aucune époque, ni les ordonnances royales, ni la jurisprudence des Parlements n'ont accepté cette conception et Merlin, qui était fort au courant des théories domaniales en cours vers la fin de l'ancien régime, constate que les choses publiques sont généralement regardées comme objets de propriété et il en fournit la preuve en rapportant des arrêts importants où les idées de Domat et de Loyseau sont formellement repoussées (1).

(1) Merlin, *Répertoire, Chemin public seigneur*; cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 663 et suiv.

§ 2. — Du domaine municipal, des églises et des cimetières.

Il est difficile de préciser ce que devient le régime municipal gallo-romain, après l'invasion des Barbares, car, en dépit de nombreux travaux, la plus grande obscurité règne encore sur cette matière. Les maîtres de la science historique, ne parvenant pas à résoudre directement le problème, s'efforcent de construire, à l'aide de particularités plus ou moins certaines, des hypothèses et des systèmes qui méritent, croyons-nous, le reproche d'être trop absolus.

Quelques auteurs paraissent admettre que, dès la dislocation de l'Empire, toute trace de l'ancienne organisation disparaît dans les municipes pour ne laisser place qu'au chaos le plus complet ; ils négligent d'en fournir la preuve. Serait-ce donc une conséquence forcée de la rupture des liens qui rattachent Rome, capitale du monde civilisé, aux cités qu'elle domine ? Il semble qu'il n'en soit rien. Sans doute, les diverses parties de l'Empire manquant désormais de cohésion ne peuvent se ressaisir pour former une nation nouvelle, mais pourquoi ne trouverait-on pas derrière les hautes murailles des cités ce qui peut toujours subsister en l'absence d'un pouvoir central, les débris de l'ancienne organisation municipale ?

Selon Augustin Thierry, une chose échappe à toute contestation, c'est la « transformation variable avec les régions et dans chaque région suivant les villes, quoique partout sensible, du régime aristocratique de la curie en une sorte de gouvernement électif avec suprématie de l'évêque et tendance au profit de ce nouveau maître vers une espèce d'autocratie municipale. » Ainsi présentée,

cette affirmation paraît hasardée et contestable, elle n'en contient pas moins une part très réelle de vérité. « S'il fallait supposer, dit M. Béchard, cinq cents ans de barbarie complète entre la résurrection communale du XI^e siècle et l'invasion germanique on ne s'expliquerait pas comment tant de peuples divers auraient, à la fois, embrassé l'idée, qui se manifeste alors chez tous, de rétablir sur ses antiques bases le régime municipal dont ils auraient totalement perdu la trace durant cet intervalle. » (1) Nous partageons cette manière de voir.

Il est peu probable, en réalité, que les cités aient élu leurs magistrats, pendant la période à laquelle M. Béchard fait allusion, ou même conservé le système d'administration antérieur à l'invasion, comme le prétendent l'abbé Duflos et M. Raynouard (2). Seul capable d'en imposer aux nouveaux venus par son influence morale et sa supériorité intellectuelle, le clergé a dû avoir l'exercice du pouvoir municipal.

Quoi qu'il en soit, les villes sont dépouillées par les chefs barbares de la plus grande partie de leur patrimoine utile et productif et le régime féodal ne leur laisse certainement que peu de choses. Au témoignage d'Augustin Thierry lui-même, dans la région du nord, il ne reste rien du municipe gallo-romain, de ses institutions et de son domaine, lors du mouvement communal (3). Nous n'avons pas à insister plus longtemps sur cette question d'histoire

(1) Béchard, *Droit municipal au moyen âge* ; le système contraire est soutenu par Luchaire, *Communes françaises sous les Capétiens*.

(2) Raynouard, *Histoire du droit municipal en France*.

(3) Augustin Thierry, *Monuments inédits de l'histoire du Tiers-Etat*.

et nous allons prendre la commune toute formée, au moyen âge.

Après avoir conquis dans la société féodale leur part d'indépendance et d'autonomie, les communes de toute origine, au Nord comme au Midi, travaillent avec ardeur à se former un nouveau patrimoine. Leurs premières propriétés sont des remparts, un hôtel commun, un beffroi ; elles trouvent pour les construire ou pour les acquérir des ressources dans les cotisations des habitants, les fondations faites par de riches citoyens, les amendes prononcées par leurs magistrats, dans les impôts et plus tard dans les revenus de leurs biens communaux. Jusqu'à la fin du ^{xv}^e siècle, elles ne comptent cependant qu'un petit nombre d'édifices municipaux, les habitants se réunissant, d'ordinaire, pour traiter des affaires publiques, sur les places, dans les églises ou dans les cloîtres. Mais, à partir du règne de Louis XI, les villes auxquelles des chartes sont octroyées augmentent leur domaine et s'empressent d'édifier des « maisons communes », parfois fort belles, en général d'aspect plus modeste, qui peuvent servir, en même temps, à différents usages publics, notamment de halle et de prison (1).

Les cités sont dans une situation très favorable pour résister aux exactions seigneuriales et conquérir la liberté municipale : déjà groupés, pouvant se rassembler aisément, les bourgeois ont pour les soutenir dans la lutte qu'ils engagent la force du nombre et le besoin impérieux de sauvegarder leur intérêts collectifs. Il n'est pas douteux qu'ils aient poussé le premier cri de révolte et donné le signal des revendications populaires ; on doit cependant

(1) Cf. Béchard, *op. cit.*, p. 236 et suiv. : Aug. Thierry, *id.*

se demander si le mouvement n'a pas fini par s'étendre jusqu'aux campagnes.

Un point est certain : les paysans de la banlieue des villes, élevées à l'état de communes, jouissent des mêmes privilèges que s'ils étaient établis à l'intérieur de l'enceinte. Il ne reste donc qu'à déterminer le point où s'arrête la banlieue, les limites exactes du territoire soustrait à l'autorité des seigneurs ; le plus souvent, cela ne va pas sans difficulté. En outre, les exemples sont fréquents de villages ou de groupes de villages qui obtiennent des prérogatives semblables à celles des cités ; quelques-uns sont dotés de chartes à la fois politiques et civiles, d'autres ne reçoivent que des droits civils. Ces communes rurales, issues de l'organisation féodale cessent la plupart d'exister avec celle-ci, soit par suite d'un retrait formel d'autorisation, soit par usurpation, par convention librement consentie ou par désuétude.

Il faut se garder de confondre la commune du moyen âge avec la communauté d'habitants. La première constitue une exception, un privilège et ne résulte que d'une concession expresse, d'une charte ; elle peut disparaître après avoir été instituée, elle peut être supprimée après avoir été octroyée. La commune possède sa part de souveraineté et a le droit de rendre elle-même la justice ; le maire est un magistrat municipal qui juge au nom du peuple au lieu de juger au nom du seigneur. Rien d'analogue dans la communauté d'habitants ; comme l'observe M. Babeau, c'est pour ainsi dire une association de droit naturel qu'aucune loi écrite ne réglemente, au moins au début, et qui n'a pas besoin de titres pour exister (1). La

(1) Babeau, *Le village sous l'ancien régime*, p. 2.

personnalité juridique se développe et s'impose par la force des choses, sans le secours d'une influence étrangère. Tout le monde finit par l'accepter : le clergé la reconnaît, au double point de vue légal et financier, en mettant à sa charge l'entretien d'une partie de l'église ; à son tour, la royauté lui donne le droit de tenir des réunions où il est procédé à la répartition et à la levée de certains subsides ; peut-être même l'autorise-t-elle, à la fin du xv^e siècle, à se choisir des délégués en vue des élections aux États-Généraux (1).

A l'exemple des communes, les simples communautés d'habitants peuvent avoir et ont, en réalité, un domaine qui leur appartient en propre, un patrimoine composé avant tout de terrains servant de paturages, de marais, de bois dont la jouissance est abandonnée aux habitants. L'origine de ces biens communaux, la nature exacte du droit dont ils sont susceptibles forment un problème très ardu dont l'examen et la discussion sont devenus classiques ; bornons-nous à faire une constatation, la seule qui puisse nous intéresser dans l'ordre d'idées où nous devons nous tenir enfermés : on ne trouve pas trace d'un véritable domaine public municipal, de l'invasion à la Révolution de 1789. Les cités et les villages possèdent à titre privé des champs, des bois, des halles, des maisons communes, des hôtels de ville ; le régime qui s'applique à toutes ces choses est identique, en droit, aucune d'elles n'apparaissant comme indisponible par suite de l'usage public auquel elle est affectée. Des formes rigoureuses peuvent être imposées pour l'aliénation ; il se peut même que la prescription acquisitive soit plus

(1) V^o Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, I, 317 ; cet auteur désigne les communautés sous le nom de « viles bateices ».

longue à réaliser, en ce qui les concerne; que l'usucapion ordinaire. Qu'importe, elles sont dans le commerce, sujettes aux usurpations et aux empiètements des particuliers, insuffisamment garanties tout au moins. Il existe pour l'ensemble du domaine municipal une législation unique; en la parcourant dans ses grandes lignes, on voit, par cela même, la situation faite, sous l'ancien régime, à la catégorie de choses correspondant à notre domaine public municipal.

Il est essentiel de distinguer suivant les périodes, les communes ayant passé par deux phases successives, l'une de liberté, l'autre d'asservissement au pouvoir central et dans chaque période selon les provinces, l'organisation municipale variant du Nord au Midi avec l'origine de la municipalité elle-même (1).

Dans les pays de droit écrit, en Provence particulièrement, les biens des communautés nous apparaissent aliénables et les solennités exigées pour leur aliénation sont celles que l'on trouve détaillées dans le *Code* de Justinien. On ne peut procéder que par la voie des enchères; c'est là une règle dont les municipalités ne doivent pas s'écarter. Les formalités en sont empruntées au Droit romain, aux ordonnances des rois et aux ouvrages des jurisconsultes. De nombreux arrêts des parlements réglant les difficultés soulevées à ce sujet ont été conservés dans le *Dictionnaire des Arrêts* de Brillou (2).

Quant au fond, la première condition exigée est la délibération et le consentement du conseil général de la cité ou plus justement du « conseil général de tous les chefs

(1) V° L. III. *Code, de vend. reb. civit.*, XI, XXXI.

(2) Brillou, *Dictionn. des arrêts*; v° *Commun. d'habitants et Alién. des biens com.*

de famille ». Il est à supposer que, dans le principe, le conseil s'assemblait librement mais, plus tard, le pouvoir provincial s'étant développé et ayant régularisé l'administration des communautés, on commence à exiger l'intervention du Parlement ou de la Cour des aides suivant les matières pour la tenue de ce conseil. En autorisant sa réunion, le Parlement et la Cour autorisent par cela même l'aliénation. Dès 1593, un arrêt du Parlement de Toulouse rapporté lui aussi par Brillon interdit à tous consuls du ressort de vendre les biens des communautés « sans permission et autorité de justice ».

Au total, la tutelle administrative n'existe point, puisque l'autorisation d'aliéner émane des corps constitués de la province au lieu de venir du pouvoir royal.

Il n'est pas facile, à cause de l'insuffisance des sources, de formuler avec quelque netteté les droits qu'ont en ces matières les magistrats municipaux dans les pays coutumiers. Beaumanoir, l'un des premiers, fournit cependant à cet égard des renseignements que nous allons reproduire, bien qu'ils n'aient pas toute la précision désirable. Le commentateur de la « Coutume de Beauvoisis » assimile les communes à des mineurs et les place sous la garde du « seigneur souverain » ; ailleurs, il déclare qu'un bien communal ne saurait être valablement aliéné, « s'il n'était vendu par l'accord de la commune, laquelle chose ne serait pas légère à faire ». Il semble donc, à s'en tenir là, que l'aliénation doit être consentie par l'unanimité ou tout au moins par la majorité des habitants, aussi est-on fort surpris lorsque, dans un autre passage, le même auteur, supposant une vente faite par le maire de sa propre autorité, la valide toutes les fois qu'elle a profité à la commune.

Les acquéreurs, dit-il, ne sont obligés de déguerpir que s'il y a eu fraude de leur part (1).

Du temps de Bouteiller, la confirmation du « prince souverain » est indispensable pour l'aliénation d'un bien communal ; il faut, en outre, que celle-ci ait une cause juste et lucrative, « que ce soit pour de clairs et évidents profits ». Défense est faite à l'acquéreur de se prévaloir du temps écoulé depuis son acquisition pour opposer la prescription (2).

L'auteur de la *Somme rurale* désigne sous l'expression de « prince souverain » le roi dans ses domaines et les hauts barons justiciers dans leurs fiefs. Hors de ses possessions, en effet, le roi n'est pas à cette époque souverain effectif, mais « souverain fiefieux ». C'est pendant le règne de Louis XIII, à une date qu'il n'est possible de fixer que d'une manière approximative, que la couronne se réserve le droit exclusif d'autoriser les actes de disposition des communes. De certains passages de l'ordonnance de janvier 1629, il résulte que cette innovation n'avait pas encore eu lieu, tandis que la déclaration de 1659 la suppose. Dans l'intervalle, on ne trouve pas de texte législatif l'établissant ; elle est donc l'œuvre de la jurisprudence des parlements.

Cette déclaration de 1659, à laquelle nous venons de faire allusion, consacre la nullité des ventes de biens communaux consenties depuis vingt ans en Picardie et en Champagne « sans permission du roi et décret de justice » ; elle autorise les communautés à rentrer immédiatement en possession. D'autres provinces réclament la

(1) V^o Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, ch. 1^{er}.

(2) V^o Bouteiller, *Somme rurale*, t. XLVII.

même faveur, aussi un édit d'avril 1667 inspiré du même esprit de réaction est-il rédigé pour être applicable à toute la France. Il porte « que, dans un mois à compter de sa publication, les habitants des paroisses et communautés... rentreront sans aucune formalité de justice dans les fonds par eux vendus depuis 1620 ». Défense leur est faite pour l'avenir « de plus aliéner leurs usages et communs, sous quelque cause et prétexte que ce puisse être, nonobstant toutes permissions qu'ils pourraient obtenir ».

Il est probable que la pensée qui a présidé à ces restitutions est qu'il faut assimiler les communes à des mineurs ; on le trouve écrit tout au long dans la déclaration de 1659. Mais une réelle incertitude plane sur le sens exact et sur la portée de la « défense d'aliéner nonobstant toutes permissions ». Faut-il l'entendre seulement des permissions de justice et des autorisations seigneuriales ou de toute permission, même émanée du roi ? Les biens des communes sont-ils ou non dans une situation analogue à celle du grand domaine de la couronne ? Cette délicate question est diversement résolue dans les ouvrages de doctrine du XVIII^e siècle. Domat déclare ces biens absolument inaliénables ; Rousseaud de Lacombe et Bourjon estiment, au contraire, que, s'il y a nécessité de vendre et si l'aliénation est avantageuse, l'intervention du pouvoir central suffit à rendre licite cette dernière (1). Telle est, croyons-nous, l'interprétation la plus rationnelle, celle qui suivant nous doit prévaloir.

Dans plusieurs circonstances, Louis XIV, l'auteur de l'édit de 1667, n'hésite pas à confirmer, moyennant finance,

(1) V^o Rousseaud de Lacombe, *Recueil de jurispr. des pays de dr. écrit et coutumier*.

des acquéreurs de biens communaux dans leur possession, se reconnaissant ainsi le droit d'autoriser les ventes de cette nature. On ne voit pas, en effet, pourquoi la royauté se serait liée les mains, se défiant en quelque sorte de sa propre sagesse. Comment redouter de sa part un entraînement irréfléchi, une autorisation donnée à contre-temps, sans motifs sérieux, puisque le prix de vente n'est pas destiné à tomber dans ses coffres, mais dans la caisse municipale ? Son intérêt n'étant pas en jeu, il est à présumer qu'elle sera clairvoyante. L'interprétation contraire aurait, d'ailleurs, compromis et entravé l'administration communale, aussi, contrairement à l'opinion générale, nous refusons-nous à croire que ce soit elle qui ait triomphé dans notre ancien droit.

L'édit de 1667, de même que la déclaration de 1659, ne révoque pas, d'une manière générale, les aliénations des biens appartenant aux communes, à quelque époque que ces aliénations puissent remonter. Ces deux actes de l'autorité royale se bornent à déterminer une date à partir de laquelle toutes les ventes seront non avenues. Au surplus, les jurisconsultes du dernier siècle sont unanimes à le constater, nulle part, dans les textes, il n'est question d'une véritable indisponibilité. Merlin cite plusieurs arrêts de divers Parlements, montrant la prescription admise en ces matières, pendant que Pothier assimile les communautés aux églises et fait connaître la durée que doit avoir la possession : c'est quarante ans dans les coutumes qui, même sans mentionner expressément les premières, admettent ce laps de temps pour la prescription « entre privilégiés » ; partout ailleurs, c'est trente ans (1). Cette

(1) V^o Merlin, *Répertoire*, *Prescription*, sect. III, § 5 et Pothier, *Traité de la prescription*, n^o 189 et suiv.

solution résulte aussi des arrêts rapportés par Merlin. On avait cru donner ainsi satisfaction aux divers intérêts en présence.

Cet édit de 1667, nous l'avons déjà vu, était destiné à toutes les provinces sans exception, mais il faut observer que plusieurs Parlements, surtout dans les pays d'États, ont refusé de l'enregistrer et par conséquent en ont empêché l'application. Dans leur ressort, les anciens usages ont été maintenus jusqu'à la Révolution de 1789 et l'autorisation du roi ou de l'intendant n'a jamais été requise pour la validité des aliénations. Un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 1815 contient pour la Franche-Comté une application de ce principe.

Tel est dans ses grandes lignes le régime auquel sont assujetties les propriétés communales, édifices ou autres, en remarquant toutefois que plusieurs des dépendances actuelles du domaine public municipal n'appartiennent pas aux communes et aux communautés d'habitants dans l'ancienne France. La couronne et les seigneurs se les partagent.

Il en est ainsi notamment en matière de voirie. On peut affirmer qu'à aucune époque les routes, rues, places et promenades des villes ou des villages n'ont été leur propriété. Pendant la période féodale, elles appartiennent aux seigneurs; ceux-ci, non seulement dans les campagnes mais au sein même des cités, considèrent les voies publiques comme un domaine à exploiter et autorisent, moyennant finance, des empiètements ou des saillies sans nul souci d'assurer la circulation. Il est vrai qu'aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles les communes semblent régler souverainement les questions de voirie, mais la controverse qui s'élève aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles montre surabondamment

qu'il n'a jamais dû y avoir un domaine municipal de la vicinalité.

A cette date de notre histoire, la royauté parvient, non sans peine, à faire triompher les droits de la couronne sur les rivières navigables et sur les grands chemins. La lutte n'en continue pas moins au sujet des chemins vicinaux et, en ce qui les concerne, les jurisconsultes eux-mêmes sont divisés en deux camps opposés.

Un premier système considère le droit de voirie comme un droit royal, apanage exclusif de l'autorité souveraine, qui appartient au prince « *jure coronæ*. » Delamarre résume cette doctrine en ces termes : « faire des ordonnances et des règlements, imposer des droits (sur les grands chemins ou ceux de traverse) et avoir la seigneurie publique, ce sont attributs que l'on estime inséparables du pouvoir souverain et dépendants de la police générale du royaume » (1). Domat, Catellan, Serres, Chabrol et bien d'autres jurisconsultes aussi considérables admettent cette théorie dans leurs ouvrages et prêtent à la cause du roi l'appui de leur autorité (2). C'est la thèse développée par Loyseau dans son traité *Des seigneuries* (3); toutefois, suivant ce jurisconsulte, les droits fiscaux doivent être perçus par les communautés.

Une seconde opinion soutient que le roi n'est pas seul voyer en France; avec ce système, le droit de voirie est attaché à la haute justice et les seigneurs sont proprié-

(1) Delamarre. *Traité de la police*, t. IV, l. VI, tit. XV, chap. 1.

(2) Domat, *Lois civiles*, liv. prél., sect. I, n° 3. Catellan, *Recueil d'arrêts*, l. III, chap. xvi. Serres *Institutions de droit français*, l. II, t. I, Chabrol, *Coutumes d'Auvergne*, ch. II, art. 5.

(3) Loyseau, *Des seigneuries*, ch. III, n° 118.

taires des chemins, rues et places publiques qui se trouvent sur leurs terres, les grandes routes exceptées. Ils ont reçu sans restriction, sans réserve d'aucune sorte, dit en substance Merlin, les grands fiefs qu'ils possèdent, aussi la propriété des chemins existant au jour de la concession a dû passer des mains du roi dans les leurs (1). Quant aux routes qui ont pu être tracées depuis, « elles ont été démembrées des domaines seigneuriaux pour l'usage et le commerce, les besoins et l'utilité des habitants » : ce sont les seigneurs qui ont fourni le sol sur lequel les travaux de voirie ont été exécutés et l'on ne comprendrait pas pourquoi et comment le fait de la destination à l'usage du public pourrait faire perdre au propriétaire du terrain tout ou partie de son droit antérieur.

Les partisans de cette théorie allèguent, en outre, à l'appui de leur solution la fameuse maxime de Loysel « les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres » et se prévalent du droit des seigneurs à la moitié du trésor trouvé dans un chemin de traverse. Ce dernier argument leur paraît concluant, les seigneurs ne pouvant réclamer que le tiers du trésor découvert dans une chose qui ne leur appartient pas.

Il semble que le premier système l'ait emporté aux époques où le pouvoir royal est véritablement fort et que l'on se soit de préférence rallié au second dans les autres périodes.

Au fond, il s'agit de déterminer à qui du roi ou des seigneurs doit appartenir l'administration des routes vicinales et à qui doit faire retour le sol de ces chemins après la désaffectation. L'intérêt en jeu est considérable,

(1) Merlin, *Répertoire*, t. IV, *Chemin public*.

il convient cependant de ne pas l'exagérer. Tous les auteurs, en effet, sont unanimes à constater que, « si les seigneurs n'usent pas de leurs droits avec équité, le roi par la supériorité de sa seigneurie peut venir au secours du public et lui rendre les avantages qu'une autorité mal exercée aurait entrepris de lui ravir ». C'est l'opinion professée par l'un des principaux adeptes du second système, Delamarre, à qui ces quelques lignes sont empruntées ; c'est aussi celle de Fréminville (1). Tous deux admettent qu'à défaut du prince, les Parlements sont autorisés à intervenir pour sauvegarder l'affectation du chemin.

Ce même Delamarre, Loyseau et un petit nombre d'autres jurisconsultes se rattachant indistinctement à l'une et à l'autre école, prétendent que le différend n'a point trait, à proprement parler, à la question de propriété, parce que les routes et les chemins sont choses publiques « dont la propriété n'appartient à personne » et dont le roi et les seigneurs « ne peuvent avoir que la garde et la surintendance ». Nous savons déjà que la théorie de ces domanistes n'a jamais reçu de consécration législative.

Une constatation intéressante résulte de ces développements : personne dans l'ancienne France, sauf peut-être Loyseau dans son *Traité des seigneuries*, ne paraît avoir songé à rattacher les routes vicinales au domaine municipal. C'est la confirmation pure et simple de ce que nous affirmions tout à l'heure.

Les églises et les cimetières se trouvent, à la même époque, dans une situation particulière qui oblige à les

(1) V. Delamarre, *op. cit.*, même chapitre et Lapoix de Fréminville, *Pratique des terriers*, t. IV, p. 486 et suiv.

classer et à les étudier séparément ; ce sont, comme avant l'invasion des Barbares, des choses sacrées relevant, à ce titre, beaucoup plus du droit ecclésiastique que de la législation séculière et, par conséquent, ne faisant partie ni du domaine de la couronne ni du domaine communal.

Le concile d'Orléans, en 511, décide que les églises conserveront leur qualité de « *res sacræ* », les met à la charge des bénéficiers et oblige ces derniers à consacrer à leur entretien, le tiers au moins des revenus dont ils disposent. Elles restent, pendant la durée de la période féodale, des asiles relativement respectés et, à cause de leur affectation au culte divin qui semble alors incompatible avec l'idée d'une propriété publique ou privée, les seigneurs n'acquièrent sur elles, en principe, que des droits honorifiques. Jurisconsultes et canonistes les proclament également inaliénables et imprescriptibles, les placent hors du commerce dans un état d'indisponibilité absolue qui va persister, de droit et de fait, jusqu'à la Révolution de 1789.

Ces divers points n'ont jamais été discutés, ils ne sont pas susceptibles de l'être ; mais des difficultés plus sérieuses commencent à apparaître, lorsqu'on veut rechercher quelles personnes étaient tenues de construire et de réparer les églises (1). La législation a varié ; durant le moyen âge, ce soin incombe aux décimateurs et aux titulaires des cures, conformément à un capitulaire de Charlemagne qui n'a cessé d'être en vigueur qu'en 1335. A cette date, en effet, le concile de Rouen laisse l'entretien du chœur à la charge des gros décimateurs, en déclarant que les habitants de la paroisse devront dorénavant pourvoir à tout le

(1) Babeau, *op. cit.*

reste. Accueillie par de vives protestations, la décision du concile n'est exécutée qu'à grand peine, jusqu'au jour où elle est confirmée, en 1695, par une ordonnance royale qui vient préciser les obligations de chacun, mais sans introduire de modification appréciable (1).

La condition juridique des cimetières est analogue à celle des églises : ce sont des terrains sacrés, des choses dont le régime se rapproche singulièrement de celui des terrains religieux sous l'empire de la législation romaine. Toutefois, ainsi que le constate Merlin, « il ne suffit pas que quelqu'un ait été enterré dans un endroit pour que ce lieu devienne religieux... parce qu'aucun particulier ne peut de son autorité privée imprimer ce caractère à un héritage profane (2). » L'intervention de l'autorité supérieure ecclésiastique est, en effet, indispensable pour l'établissement d'un cimetière public ; il faut que le terrain soit béni et consacré par l'évêque ou par son délégué. A l'inverse, le pouvoir civil n'a pas, en principe, à intervenir ; cependant, aux termes d'un édit rendu dans les dernières années de l'ancien régime, au mois de mai 1775, le roi se réserve le droit d'en autoriser l'ouverture.

Les cimetières sont, comme les églises, hors du commerce, par conséquent, soustraits aux entreprises et aux empiètements des particuliers ; leur indisponibilité est entière et subsiste jusqu'au moment où les ossements ont été enlevés avec la permission du juge royal par un prêtre, délégué de l'évêque. Ils ne peuvent pas davantage être grevés de servitudes ou de droits réels quelconques.

(1) La paroisse se confond en général avec la communauté d'habitants, mais les villes contiennent plusieurs paroisses.

(2) Merlin, *Répertoire*, t. IV, *Cimetière*.

Un arrêt du Parlement de Dijon du 12 décembre 1609 reconnaît, il est vrai, qu'un propriétaire voisin peut acquérir par prescription un droit de passage sur un cimetière, mais on ne saurait généraliser la solution. D'après Merlin lui-même, cet arrêt a été rendu dans des circonstances spéciales qui lui ôtent toute valeur au point de vue des principes : « il s'agissait d'un cimetière dont l'établissement paraissait plus récent que la possession de celui qui y prétendait un passage ; ce cimetière, d'ailleurs, n'était pas clos ».

La proximité d'un pareil lieu est une source de servitudes pour les héritages voisins, une cause de restrictions aux droits de leurs propriétaires. Deux arrêts rendus par le Parlement de Paris, l'un en date du 17 janvier 1609 pour le cimetière des Innocents, l'autre du mois de juin 1627 relatif à celui de Saint-Eustache, décident que les fenêtres qui donnent de leur côté doivent être à fer maille et à verre dormant.

Seules les églises paroissiales, cathédrales et métropolitaines peuvent avoir de plein droit un cimetière ; toutes les autres ont besoin pour cela d'une autorisation particulière.

SECTION IV

PÉRIODE INTERMÉDIAIRE

Les lois de la Révolution exercent sur le domaine une double influence : elles en modifient les éléments et en transforment la nature.

Par la distinction de la souveraineté et de la propriété,

elles retranchent du domaine proprement dit les droits qui sont simplement inhérents à l'exercice du pouvoir, tels que droits de police, impôts et les placent dans une situation à part. A l'exemple de la souveraineté, les droits qui en dépendent ne peuvent jamais être aliénés, même avec le concours des représentants de la nation. L'art. 9 de la loi des 22 novembre, 1^{er} décembre 1790 est formel en ce sens : « Les droits utiles et honorifiques ci-devant appelés régaliens et notamment ceux qui participent de la nature de l'impôt ne sont point communicables ni concensibles (1) ». C'est devenu une règle essentielle des constitutions françaises, un principe qui depuis n'a jamais été méconnu.

La disparition des derniers vestiges du régime féodal entraîne la suppression des droits fonciers de toute nature. D'abord déclarés rachetables par l'Assemblée constituante, ils sont abolis sans indemnité par la Convention. On embrasse dans une même proscription toutes les charges qui pèsent sur la terre, légitimes ou illicites, foncières ou seigneuriales, et le domaine perd, par ce seul fait, les droits de chasse, de garenne ouverte, de péage sur les chemins, la propriété des cours d'eau non navigables. « Le territoire de la France est libre dans toute son étendue comme les personnes qui l'habitent, aussi toute propriété territoriale ne peut être sujette... envers la Nation qu'aux contributions publiques établies par le Corps législatif ; » c'est ce que dit, en propres termes, le décret des 27 septembre-6 octobre 1791.

L'un des premiers effets de la Révolution est de subs-

(1) V. pour plus de détails *Répertoire de Béquet, Domaine*, t. XI, p. 46 et 47 et de Récy, *op. cit.*, p. 120 et suiv.

tituer en matière domaniale la Nation à la couronne. A peine réunie, l'Assemblée constituante proclame hautement la souveraineté du peuple et les droits imprescriptibles de la Nation ; elle parvient, après une courte lutte, à faire triompher les principes si rationnels que nous venons de voir méconnus pendant près de quatorze siècles.

Comme première conséquence, l'État français, jusqu'alors absorbé dans la personnalité du roi, forme une personne morale douée d'une existence indépendante de celle du prince, avec des intérêts nettement séparés. Il va y avoir enfin un domaine national. Devenu monarque constitutionnel, Louis XVI ne conserve que l'administration de l'ancien patrimoine de la couronne ; la propriété de ces biens lui échappe pour passer aux mains de l'État.

Ce mouvement de rénovation politique et sociale qui fait table rase des institutions de l'ancien régime n'est nulle part développé avec plus de force et d'une manière plus complète que dans le décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790. Le préambule inspiré tout entier du nouveau principe est d'une remarquable précision : « Considérant... que le domaine public dans son intégrité et avec ses divers accroissements appartient à la Nation ; que cette propriété est la plus parfaite qu'on puisse concevoir ».

Deux choses essentielles résultent, croyons-nous, de cette déclaration et de l'ensemble des dispositions de la loi : l'expression domaine public est pour les membres de l'Assemblée constituante synonyme de domaine national et, d'autre part, le droit de l'État sur toutes les dépendances de son domaine n'est autre qu'un droit de propriété (1).

(1) Cf. en ce sens *Revue critique de législ. et de jurisp.*, 1884, p. 30, l'article de M. Barchhausen, *Remarques sur la théorie des domaines*.

Nul doute que le législateur de la période révolutionnaire n'ait jamais employé le terme de domaine public dans le sens spécial et restreint qu'on lui prête aujourd'hui, surtout dans le langage de la doctrine. Il suffit de parcourir le rapport d'Enjubault sur le décret du 22 novembre, les considérants qui précèdent ce dernier et les articles qui le composent, pour être en mesure d'affirmer qu'en 1790 on entend désigner par ces mots non pas les seuls biens domaniaux qui sont affectés à l'utilité collective, à l'intérêt général, mais l'ensemble du domaine national, peu important, au surplus, la nature et la destination de ses dépendances.

On lit, en effet, dans l'art. 7: « Les acquisitions faites par le roi à titre singulier et non en vertu des droits de la couronne... se réunissent de plein droit et à l'instant même au domaine public. » Or, il résulte, à n'en pas douter, de la première partie de cet article que le législateur n'a pas en vue les biens destinés à un usage ou à un service public. Dans l'art. 5 de la même loi, on trouve, à l'inverse, le mot « national » employé là où nous mettrions aujourd'hui public.

Nous arrivons ainsi à la seconde partie de notre démonstration; elle ne présentera pas plus de difficultés. Malgré tout ce qui a été écrit en sens contraire, nous demeurons convaincus que, sous l'empire du décret de novembre 1790, il n'y a pas, ainsi qu'on l'a prétendu, deux sortes de domaines dont l'un serait purement un domaine de souveraineté et l'autre un véritable domaine de propriété. Nombreux sont les arguments qui, selon nous, tendent à établir que l'Assemblée constituante ne fait aucune restriction, lorsqu'elle déclare le domaine de l'État objet de propriété.

Les textes sont formels. Nous savons déjà en quels termes est conçu le préambule de la grande loi de 1790 ; il est, par conséquent, inutile de revenir sur ce point. — Le rapport d'Enjubault s'exprime sur la question avec tout autant de netteté : « ce domaine éminent qui ne diffère de la puissance publique que comme la cause diffère de son effet lui assure (à la nation) la propriété directe de toutes les portions de ce territoire qui, par leur nature ou leur destination, ne peuvent appartenir à personne en particulier et de celles qui demeurent vacantes et sans maître. » Enjubault ajoute quelques lignes plus loin : « l'effet naturel de la propriété publique est d'attirer et de confondre en elle-même la propriété privée ». — On peut, sans doute, discuter le mérite de cette thèse qui suppose après le Contrat social la propriété originellement confondue avec la souveraineté dans les mains de la nation et soutient avec Le Bret, Chopin, Grotius et quelques autres jurisconsultes de l'ancien régime que le domaine direct doit faire retour au domaine éminent, dès qu'il n'est revendiqué par personne. On doit même la repousser comme ne tenant pas un compte suffisant des origines et de l'histoire ; mais les résultats auxquels elle aboutit, en 1790, n'en sont pas moins certains.

Il ne faut pas oublier, au surplus, que, d'après la théorie dominante dans notre ancien droit, celle qui a dicté toutes les dispositions des ordonnances et des édits, le roi est propriétaire de la totalité des choses qui composent la dotation de la couronne. Or, par les décrets de 1790, la nation se substitue au roi, elle prend sa place au point de vue domanial. Pourquoi serait-ce à un autre titre ? Pourquoi un changement aurait-il été opéré ?

S'il subsistait quelques doutes à cet égard, la lecture

des travaux préparatoires achèverait de les faire disparaître, car la pensée des rédacteurs de la grande loi domaniale s'y reflète avec une transparence parfaite. Le projet primitif paraissait donner la préférence aux idées de Domat et de Loyseau en définissant dans son art. 2 les choses affectées à l'usage du public : « celles dont la propriété n'est à personne et dont l'usage est commun à tous ». C'était, par cela seul, nier le droit de propriété de la nation, mais le texte a été remanié par la suite, précisément en vue de donner satisfaction à l'opinion courante, et la seconde rédaction ne fait plus allusion qu'à des « choses non susceptibles de propriété privée ». Cette nouvelle formule considérée isolément aurait, peut-être, une signification quelque peu ambiguë, mais comparée à la première elle revêt aussitôt un sens très net et très précis : « elle repousse l'idée de propriété privée en affirmant par contre la propriété publique, autrement dit celle de l'État » (1). Elle constate l'indisponibilité des choses auxquelles elle s'applique, non une prétendue incompatibilité entre les deux notions de propriété et de domanialité publique.

Les droits de la nation affirmés et reconnus, la disparition du principe de l'inaliénabilité domaniale, tel qu'il résultait de l'ordonnance de Moulins, en découle naturellement. La mise hors du commerce des biens de la couronne paraît indispensable dans une monarchie absolue ; elle apporte, au moins en théorie, un frein salutaire à l'omnipotence du souverain, mais trop souvent sans effet pratique, puisque la volonté du prince plane au dessus de

(1) Barckhausen, *op. cit.*, p. 35 ; Saleilles, *Revue bourguignonne*, 1891, p. 669

la loi et peut aisément franchir, tourner ou renverser les barrières qu'elle-même s'est imposées. Sous un autre régime, cette indisponibilité ne répond à aucun besoin et ne présente que des anomalies ; il faut donc qu'elle disparaisse. Elle a le grave inconvénient de soustraire aux relations des hommes une masse importante de propriétés mobilières ou immobilières et d'être ainsi en opposition évidente avec les données les plus élémentaires de l'économie politique, inconvénient qui n'est contrebalancé dans ce cas par aucun avantage.

La mise hors du commerce du domaine national, postérieurement à 1789, aurait été, remarquons-le, aussi antijuridique qu'inutile et qu'inexplicable, car, si dans l'intérêt du propriétaire le législateur peut lier les mains à un administrateur, il ne saurait y avoir de raison plausible pour agir de la sorte à l'égard du propriétaire, à moins que ce ne soit un incapable. Or, comment ranger la nation parmi les incapables, lorsque, aux termes du décret de novembre 1790, « son droit est le plus parfait qui se puisse concevoir..., lorsqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse le modifier ou le restreindre ».

Le retour à l'aniénabilité domaniale est, d'ailleurs, affirmé avec une réelle insistance par les textes législatifs. C'est ainsi que le décret des 9 mai-21 septembre 1790 se présente dans son art. 1^{er} comme l'abrogation pure et simple de l'ordonnance de Moulins : « Tous les domaines de la couronne, sans aucune exception, dit-il, peuvent, dans les besoins de l'État être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable, en vertu d'un décret spécial des représentants de la Nation sanctionné par le roi. » Un autre décret des 9-23 juillet 1790 débute par ces mots : « l'Assemblée nationale, considérant que l'aliénation des domaines

nationaux est le meilleur moyen d'éteindre une grande partie de la dette publique, a décidé ce qui suit : Art. 1^{er}. Tous les domaines nationaux peuvent être aliénés en vertu du présent décret et conformément à ses dispositions ». Il faut observer cependant que ce même article apporte une dérogation au principe en faveur des forêts domaniales et des immeubles rattachés à la liste civile (1)

Le rapport déjà cité d'Enjubault constate que « la propriété de la nation serait imparfaite si cette dernière ne pouvait la transférer quand les besoins de l'État l'exigent » et plus loin, dans un autre passage, que « les décrets de l'Assemblée ont rendu le domaine national au commerce » Nous lisons enfin dans le préambule du décret du 22 novembre : « La faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside dans la nation... si elle a voulu en suspendre pour quelque temps l'exercice, comme cette loi suspensive n'a pu avoir que la volonté générale pour base, elle est de plein droit abolie, dès que la nation manifeste une volonté contraire... la maxime de l'inaliénabilité serait préjudiciable à l'intérêt public. »

Si nous avons reproduit tous ces textes et fait aussi ample provision d'arguments, c'est parce que, dans ces dernières années, un auteur a mis en doute l'abrogation de l'ordonnance de 1566. M. Barckhausen invoque à l'appui de cette thèse les termes mêmes du décret de novembre 1790 ; il base son argumentation sur les articles 8 et 36, les seuls,

(1) De même, le décret des 28 oct., 5 nov. 1790 ajourne tout ce qui concerne les biens des fabriques, des fondations, des hôpitaux, des séminaires, mais, en fait, pour quelques jours seulement, jusqu'au décret du 22 novembre 1790.

d'ailleurs, qui aient directement trait à la question (1). En voici la teneur :

Art. 8. — « Les domaines nationaux et les droits qui en dépendent sont et demeurent inaliénables sans le consentement et le concours de la nation ; mais ils peuvent être vendus à titre perpétuel et irrévocable en vertu d'un vote formel du Corps législatif sanctionné par le roi ». —

Art. 36. — « La prescription aura lieu à l'avenir pour les domaines nationaux dont l'aliénation est permise par les décrets de l'Assemblée nationale. »

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions, dit en substance M. Barckhausen, que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité restent la règle, tandis que l'aliénabilité et la prescriptibilité ne sont admises que pour les dépendances du domaine national dont une loi a autorisé la concession, la vente ou l'échange. Il est facile, ajoute-t-il, de suivre les étapes de la pensée du législateur révolutionnaire ; par le décret du 9 juillet 1790, ce dernier réserve déjà les forêts et les immeubles de la liste civile ; le 16 octobre, il excepte les édifices appartenant à la nation qui sont affectés à un service public ; enfin, le 28 octobre de la même année, l'Assemblée évite de se prononcer en ce qui concerne de simples dotations. Chacune de ces lois accentue davantage le retour vers les institutions domaniales de l'ancien régime, jusqu'au moment où cette tendance rétrograde trouve dans le décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 son plein épanouissement.

Ainsi présentée par l'auteur des *Remarques sur la théorie des domaines* cette thèse est séduisante ; elle n'a cependant pas fait beaucoup d'adeptes dans les rangs

(1) V^o Barckhausen, *op. cit.*, p. 38 et suiv.

de la doctrine. Trop souvent et dans un langage trop clair, l'Assemblée constituante a manifesté la volonté de rompre avec une organisation surannée, avec les errements d'un passé à jamais disparu. Nous allons, d'ailleurs, nous efforcer de démontrer que les articles 8 et 36 sont loin d'avoir, dans la réalité, le sens et la portée que leur prête la théorie de M. Barckhausen.

La nécessité d'un décret pour la validité des aliénations domaniales ne constitue pas, en effet, ainsi que le suppose le système que nous combattons, une mise hors du commerce, une véritable indisponibilité que l'intervention de l'Assemblée aurait pour résultat de faire cesser. Il ne s'agit là, croyons-nous, que d'une formalité préalable à la vente, d'une entrave apportée aux pouvoirs des administrateurs du domaine, d'une mesure de défiance à leur égard. Sans doute, en l'absence du décret d'autorisation, l'administration est inhabile à disposer du domaine, les aliénations qu'elle opère de la sorte n'ont aucune valeur, mais, et c'est là le point important, la cause de cette nullité doit être cherchée dans la personne de l'aliénateur et non dans la condition de la chose; il y a, dans ce cas, nullité personnelle et non pas nullité réelle.

L'art. 8, objet du débat, porte, il est vrai, dans sa première partie : « Les domaines nationaux sont et demeurent inaliénables sans le consentement et le concours de la nation ». M. Barckhausen fait observer que ces quelques mots ne se trouvaient pas dans le projet déposé au début de 1790 et en conclut, non sans une apparente logique, que, dans l'intervalle, les idées avaient changé.

Ce raisonnement ne saurait cependant nous convaincre. M. Barckhausen, en effet, semble croire que la formule nouvelle a été substituée purement et simplement à l'an-

cienne : « Tous les domaine de la couronne... peuvent... être vendus et aliénés. » Or, il n'en est pas ainsi. Que l'on jette un coup d'œil sur l'ensemble de l'art. 8 et l'on retrouvera dans sa seconde partie la formule primitive. Il n'y a donc eu, en réalité, qu'une simple juxtaposition. Vu le silence gardé par les travaux préparatoires sur les véritables intentions des rédacteurs de la loi domaniale, on doit supposer qu'elle était uniquement destinée dans la pensée de ces derniers à mettre mieux en lumière la prohibition d'aliéner en l'absence d'un décret de l'Assemblée.

Cette prohibition, observons-le en passant, n'a rien que de fort naturel. Puisque la nation est devenue, en 1790, seule et pleine propriétaire de son domaine, n'est-il pas logique qu'elle se réserve ou plutôt qu'elle donne à ses représentants attitrés le droit d'autoriser les actes de disposition, en ne laissant au roi et à ses délégués que l'administration proprement dite?

Enfin, il est inexact que l'art. 36 fasse allusion aux biens dont une loi spéciale viendrait, dans l'avenir, à permettre la vente. Ce texte, disons-nous, ne se réfère aucunement aux aliénations prévues par l'art. 8. L'art. 36, en effet, parle de décrets de l'Assemblée nationale et non pas de décrets du Corps législatif, or, en dépit des apparences, ce ne sont pas là deux termes synonymes. L'Assemblée nationale, M. Saleilles l'a très justement fait remarquer, devait porter dans l'avenir le titre de Corps législatif (1). Si le législateur avait entendu se référer à une époque postérieure, aux décrets exigés par l'art. 8 pour la vali-

(1) V^o Saleilles, *Revue bourguignonne de l'enseignement sup.*, 1891, *Loi du 30 mars 1887*, etc., p. 673, note 1.

dité des aliénations domaniales, il aurait qualifié ces derniers de décrets du Corps législatif, mais ce n'est pas ainsi que les choses se sont passées. Les rédacteurs de la loi du 22 novembre 1790, en employant, comme ils l'ont fait, l'expression décrets de l'Assemblée nationale, n'avaient en vue, par conséquent, que les actes législatifs votés par l'Assemblée au moment où cette expression était encore exacte; ils se référaient au passé et non à l'avenir (1). Dès lors, une conclusion s'impose et c'est la suivante : l'imprescriptibilité résultant de l'art. 36 ne s'applique qu'aux choses dont les lois antérieures au 1^{er} décembre 1790 défendent l'aliénation, aux forêts, aux immeubles dépendant de la liste civile, par exemple (2). Tous les autres biens domaniaux restent en dehors de sa sphère d'application et peuvent, en principe, être l'objet d'une prescription acquisitive lorsqu'ils sont aliénés en dehors des formalités prescrites.

Argumentation trop fragile, querelle de mots, objectera-t-on, peut-être, à ce raisonnement. Il nous semble cependant que, si une opinion mérite le reproche de prendre des mots pour des idées ou du moins de leur attribuer une importance exagérée, ce n'est pas la nôtre. Elle est conforme aux théories exprimées par les économistes de la fin du XVIII^e siècle, conforme aussi aux principes rationnels; il restait à établir qu'elle n'est pas contredite par les termes du décret des 22 novembre, 1^{er} décembre 1790, nous croyons en avoir fourni la preuve.

(1) Comment expliquer sans cela l'emploi du présent au lieu du futur, « dont l'aliénation est permise ».

(2) Cette solution est corroborée par le décret des 4-6 juillet qui suspend toute prescription à l'encontre des domaines nationaux.

Une dernière question se pose : si l'on excepte les dépendances du domaine dont la mise hors du commerce résulte de textes particuliers et spéciaux, de décrets que nous avons déjà fait connaître en partie, toutes les autres ont-elles une même condition juridique ? Sont-elles soumises à un régime uniforme ? « Devons-nous penser que tous ces biens, quelle que soit leur nature ou leur origine, sont soumis quant à leur aliénation, quant à leur prescription à une règle unique et inflexible » (1) ?

Cela revient à se demander si, pendant la période révolutionnaire, à la différence de l'ancien régime, on n'a point distingué un domaine public et un domaine privé. La synonymie des expressions domaine public et domaine national ne prouve rien, en effet ; une simple confusion dans la terminologie n'implique pas comme conséquence et n'a pas nécessairement pour corollaire une confusion dans les idées.

Disons-le tout de suite, le législateur de 1790, malgré son inexpérience, a entrevu la distinction à établir entre les deux domaines. Rien de plus facile, à notre sens, que de relever au sein même du décret du 22 novembre le principe d'une division en deux groupes nettement séparés et clairement indiqués. Ils sont régis par des règles diamétralement opposées et n'ont, nous allons le voir, qu'un seul point de contact, qu'un caractère commun, encore est-il contesté par beaucoup d'auteurs : la nation, ou mieux l'État qui en est la personnification, possède sur l'un et sur l'autre un droit de propriété.

Nous n'avons pas à nous occuper du premier groupe,

(1) A. Weiss, *Philippe Pot, grand sénéchal de Bourgogne, etc., France judiciaire*, t. XI, 1^e p., p. 363 et suiv.

c'est-à-dire des biens composant le domaine privé national ; ce que nous pourrions dire à son égard ne serait qu'une superfétation. C'est lui, en effet, qui était l'objet de la controverse dans les détails de laquelle nous venons d'entrer, c'est lui que nous avons déclaré aliénable, moyennant l'accomplissement de certaines conditions, et prescriptible.

Les biens domaniaux que comprend le second groupe sont, à la différence des choses auxquelles se rapporte l'art. 8, hors du commerce, absolument indisponibles, inaliénables autant qu'imprescriptibles. Cela résulte, à n'en pas douter, de la lettre même du décret du 22 novembre 1790, de l'art. 2 ainsi conçu : « Les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades et en général toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérées comme des dépendances du domaine public ».

Peut-être, les rédacteurs du célèbre décret, ici encore, n'ont-ils pas entendu les mots domaine public dans le sens particulier que nous leur donnons aujourd'hui. Il y a même, nous allons le voir, de très fortes présomptions pour qu'ils aient agi de la sorte, c'est pourquoi nous n'attachons aucune importance à l'emploi de cette dernière expression. Mais le législateur de 1790 ne dit pas seulement que les choses énumérées dans l'art. 2 et toutes celles qui réunissent les mêmes caractères font partie du domaine public, il ajoute, et c'est là leur trait distinctif, que ces choses « ne sont pas susceptibles de propriété privée ». Cela revient à dire qu'elles ne sont pas dans le commerce, que les particuliers ne peuvent acquérir sur elles, soit directement, soit indirectement, par la pres-

cription, un droit de propriété ou un droit réel quelconque, démembrement de la propriété, car, par définition, une chose dans le commerce est susceptible de propriété privée.

Il faut reconnaître, à l'inverse, que, si le principe de la distinction est posé avec toute la netteté désirable par le législateur de la période révolutionnaire, il n'est pas facile de dégager les règles qui président à la composition de cet embryon de domaine public. D'autres textes, en effet, que le décret du 22 novembre sont, vers la même époque, relatifs au domaine national indisponible et classent dans cette branche des choses auxquelles l'art. 2 reste certainement étranger. C'est ainsi que le décret des 9-23 juillet 1790 et, quelques mois plus tard, le décret des 28 octobre-5 novembre 1790 déclarent inaliénables les forêts appartenant à l'État et les immeubles compris dans la liste civile. La question se pose de savoir quelle portée on doit prêter à ces diverses dispositions, comment il faut les entendre et comment on peut parvenir à les concilier. Doivent-elles être mises sur la même ligne, sur un pied d'absolue égalité, ou bien l'une d'elles, l'art. 2 de la loi domaniale du 22 novembre 1790, contiendrait-elle la règle et les autres des exceptions à cette règle ?

Il importe, d'abord, de mettre en pleine lumière une observation dont l'intérêt, nous n'avons pas besoin de le faire remarquer, est capital en cette matière. Bien que certains auteurs paraissent croire le contraire, l'art. 2 n'est pas le moins du monde destiné, dans la pensée des rédacteurs du décret, à fournir le critérium de la distinction entre les deux domaines, mais à trancher en faveur de la nation des questions d'attribution de propriété

encore pendantes au moment de son apparition (1). Si ce texte prend parti sur la question de disponibilité, s'il déclare hors du commerce les choses dont il vient de parler, c'est sans y attacher grande importance, d'une manière incidente et parce que l'occasion s'en présente. La lecture des travaux préparatoires ne laisse dans l'esprit aucun doute à cet égard.

Une conclusion apparaît, dès lors, logique et nécessaire : la domanialité publique, pendant la période intermédiaire, n'est pas l'objet d'une organisation et d'une réglementation complètes de la part du législateur. Il n'y a même pas, à proprement parler, un domaine public et un domaine privé national, il n'y a qu'un seul domaine dont la plus grosse partie est dans le commerce, tandis que l'autre, pour des raisons diverses, ne l'est point. Essayons maintenant de déterminer aussi exactement que possible quelles sont, durant cette époque, les choses frappées d'indisponibilité.

Si l'on compare l'art. 2 du décret du 22 novembre aux textes relatifs au même sujet, on découvre tout de suite une différence de rédaction qui fait de cet article le siège de la matière. Il présente un caractère de généralité que n'ont pas les dispositions similaires des décrets de juillet et d'octobre 1790. Après avoir indiqué comme dépendances du domaine inaliénable les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les ports, havres et rades, le législateur poursuit le développement de sa pensée par une formule très compré-

(1) Disons entre parenthèses que cela explique comment le législateur a été amené à mentionner dans l'art. 2 les lais et relais de la mer que les interprètes n'ont jamais considérés comme hors du commerce, bien que la formule « non susceptibles de propriété privée » semble les englober avec le reste de l'énumération.

hensivee, mais malheureusement un peu vague, que nous connaissons déjà : « et en général toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. » Ce membre de phrase, par lui-même, ne nous renseigne que sur un point : il nous apprend que l'énumération qui précède n'étant nullement limitative, il faut la compléter au moyen des éléments de solution que fournit la première partie de l'art. 2. Mais cela suffit. Les choses auxquelles se rapporte la formule finale sont, par conséquent, toutes celles qui présentent les mêmes caractères que les dépendances du domaine national citées dans le texte. On n'a pas besoin de se livrer à un examen bien minutieux et à une longue analyse pour s'apercevoir que, à l'exception des lais et relais de la mer, les autres termes de l'énumération ont une destination évidente d'utilité publique.

Il semblerait donc, à s'en tenir là, qu'une chose domaniale quelconque doive forcément apparaître comme insusceptible de propriété privée à la seule condition d'être affectée, ainsi qu'il vient d'être dit, et que cette destination soit le critérium, la condition nécessaire mais suffisante de l'indisponibilité. Est-ce pleinement exact ? En allant un peu plus avant dans le travail de dissection dont l'art. 2 est l'objet, on s'aperçoit que le législateur du 22 novembre n'y fait mention d'aucun objet mobilier et que les mots « portions du territoire français » cadrent fort mal avec tout ce qui n'est pas immeuble. On a, dès lors, à se demander si les rédacteurs du décret ont entendu réserver l'indisponibilité pour les seuls immeubles ou si certains objets mobiliers peuvent, malgré le silence du texte, être rattachés au domaine inaliénable, question délicate que les jurisconsultes de la fin du XVIII^e siècle

n'ont pas résolue. Il est bien difficile de prendre parti après coup, aussi n'insisterons-nous pas sur ce point, pour ne pas nous éloigner du sujet. Nous nous contenterons de faire remarquer que, si l'on interprète d'une façon trop étroite la mise hors du commerce résultant de l'art. 2, que, si l'on entend ce dernier trop à la lettre, on s'engage par cela même à ne pas se montrer moins sévère, sous l'empire du Code civil, pour l'art. 538 qui est la reproduction du précédent (1).

On doit observer, en outre, et c'est là le point important, que l'affectation à l'utilité publique peut être réalisée de deux manières différentes : par une destination à l'usage de tous, à la jouissance effective et immédiate du public ou indirectement par une consécration à un service public. D'où une nouvelle question à résoudre : l'art. 2 ne contenant pas d'exemple d'une chose ainsi affectée, que deviennent les biens domaniaux appartenant à cette catégorie et notamment les édifices qui servent à loger les diverses administrations publiques, en un mot les édifices publics ? Rentrent-ils dans le droit commun, dans la sphère de l'art. 8, ou l'art. 2 leur est-il quand même applicable ? La première solution réunit la presque unanimité des suffrages, mais hâtons-nous d'ajouter que personne ne l'accepte dans toute sa rigueur. Sans parler des bâtiments divers formant la dotation de la Couronne, palais, châteaux, etc., déclarés indisponibles, nous le savons, par un texte spécial, on apporte à la règle une exception en faveur des choses énumérées dans l'art. 5, 1^{re} partie, du

(1) Le silence du législateur peut parfaitement s'expliquer, bien que l'indisponibilité soit de stricte interprétation, par le peu d'importance que le législateur révolutionnaire attachait à la fortune mobilière.

décret du 22 novembre : « Les murs et fortifications des villes, entretenues par l'État et utiles à sa défense, font partie des domaines nationaux ». Ce langage, sans doute, n'est pas très explicite ; désireux avant tout de trancher une question de propriété, le législateur ne parle en propres termes ni d'inaliénabilité ni d'imprescriptibilité. Mais nous dirons avec un savant auteur que le silence de l'Assemblée ne tire pas à conséquence et s'explique par ce fait que, dans la pensée de celle-ci, la chose allait de soi et n'avait pas besoin d'être prononcée expressément, comme pour les immeubles de la liste civile et les forêts de l'État (1). Il ne peut, d'ailleurs, y avoir de difficulté, ainsi que nous allons le démontrer, que pour la période comprise entre le décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 et celui du 10 juin 1793.

Quant aux autres édifices publics, ils restent aliénables, moyennant un décret du Corps législatif revêtu de la sanction royale, jusqu'au jour où ce décret du 10 juin 1793 que nous venons de citer les range dans la seconde branche du domaine. L'art. 3 est particulièrement formel et mérite d'être reproduit : « Ne sont pas compris au nombre des biens communaux les fossés et remparts des villes, les édifices et terrains destinés au service public, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades et, en général, toutes les portions du territoire national qui n'étant pas susceptibles d'une propriété privée sont considérés comme une dépendance du domaine public ». En mettant ainsi sur le même pied les ouvrages de défense, les édifices ou terrains affectés à un service public et les dépendances du domaine que l'art. 2 du décret

(1) Saleilles, article précité, *Revue bourguignonne*, 1891, p. 682.

du 22 novembre avait placées hors du commerce, en employant précisément dans cet art. 5 la formule générale dont s'étaient servis les rédacteurs de la grande loi domaniale de 1790, le législateur de 1793 manifeste de la manière la plus évidente l'intention de rendre indisponibles les édifices et les terrains auxquels il se réfère, y compris les fossés et les remparts des villes, s'ils ne l'étaient déjà.

Le décret du 10 juin 1793 n'est pas, au surplus, le seul où il soit fait mention de l'indisponibilité des édifices publics. Deux textes législatifs, postérieurs de quelques années au précédent, nous montrent, en termes presque aussi catégoriques, que cette mise hors du commerce n'est point une simple mesure de circonstance, comme on en trouve tant d'exemples pendant la Révolution, mais qu'elle subsiste, au contraire, jusqu'à la fin de la période intermédiaire. Décret du 9 germinal an V, art. 2 : « Sont exceptés de la mise en vente... 1° les bâtiments réservés au service public. — Décret du 26 vendémiaire an VII, art. 2 : « Il sera vendu, dans les formes ci-après réglées, une quantité suffisante de domaines nationaux, autres que les bâtiments affectés au service public et les bois non aliénables par les lois précédentes ».

Les textes que nous venons de reproduire emploient des formules très générales, très compréhensives, englobant sans distinction la totalité des bâtiments et des terrains domaniaux affectés à un service public. La liste en est trop longue pour que l'on puisse songer à la fournir, aussi allons-nous nous contenter d'examiner si les cimetières et les églises n'y doivent pas figurer et quelle est, sous ce régime, la condition juridique qui leur est faite.

Rompant avec la vieille tradition d'une religion d'État,

l'Assemblée nationale sépare nettement, dès 1789, la société civile et la société religieuse, pose le principe de la laïcité de l'État et se refuse à reconnaître le caractère de « *res sacræ* » aux édifices du culte et aux lieux de sépulture.

Par le célèbre décret du 4 novembre 1789, la nation devient propriétaire de tous les biens ecclésiastiques et, par suite, des églises. Comme conséquence, les frais du culte tombent à sa charge. Dans le régime qui résulte de la combinaison du décret de confiscation avec le décret du 12 juillet 1790, le culte public est un service d'État, de tous points semblable aux autres, tandis que les édifices où il est célébré sont de simples bâtiments nationaux affectés à un service public. Mais bientôt surviennent des textes législatifs qui réalisent la séparation absolue de l'Église et de l'État, en supprimant le budget des cultes et en décidant qu'à l'avenir aucun édifice national ne sera mis à la disposition du clergé. Le décret du deuxième jour des sans-culottides an II est, à la fois, le premier en date et le plus important de ces textes.

On était allé bien loin dans la voie de la réaction ; la Convention elle-même ne tarde pas à s'en apercevoir. Le décret du 11 prairial an III, sans rétablir les allocations pécuniaires antérieures, rend à leur destination primitive les anciennes églises non aliénées. On peut évaluer sans exagération à plus de 40.000 celles qui, en fait, étaient ouvertes aux fidèles au moment de la chute du Directoire. Malgré cela, le culte n'est complètement réorganisé et ne devient à nouveau un service d'État qu'avec le Concordat de 1801.

Les églises ne sont, par conséquent, jusqu'à cette date, de véritables édifices publics et ne bénéficient de la mise

hors du commerce que dans la courte période qui s'étend du 10 juin 1793 au deuxième jour des sans-culottides an II (1).

Tout autre est la situation des cimetières. Englobés dans la confiscation générale que prononce l'art. 1^{er} du décret du 13 brumaire an II, ainsi conçu : « Tout l'actif affecté, à quelque titre que ce soit, aux fabriques des églises cathédrales, particulières et succursales, ainsi qu'à l'acquit des fondations, fait partie des propriétés nationales », les cimetières établis par les paroisses, c'est-à-dire la très grande majorité des lieux de sépulture existant à cette époque, deviennent eux aussi la propriété de l'État et demeurent tels, nous le verrons avec plus de détails dans le chapitre que nous nous proposons de leur consacrer, jusqu'au décret du 23 prairial an XII. Se trouvant consacrés, par définition, à un service administratif dont la suppression est rendue impossible par le respect dû aux morts et par les exigences sans cesse croissantes de l'hygiène publique, ces cimetières répondent aux conditions exprimées dans l'art. 5 du décret du 10 juin 1793. Ce sont des terrains nationaux affectés à un service public et partant des choses insusceptibles de propriété privée.

En résumé, pendant la période révolutionnaire, le domaine de l'État est dans son ensemble un domaine de propriété, mais il ne s'en divise pas moins en deux branches très distinctes dont l'une est dans le commerce, tandis que l'autre reste indisponible. Au début, durant les quelques mois qui suivent l'abrogation de l'ordonnance de Moulins, les biens hors du commerce sont de deux sortes : à côté des forêts nationales et de simples dotations comme

(1) V^o *infra*, chapitre IV, section I.

les immeubles de la liste civile, on trouve des choses destinées à satisfaire un besoin d'intérêt général. Mais, tandis qu'après fort peu de temps, les choses appartenant à la première catégorie rentrent toutes dans le droit commun, à l'exception des forêts, le second groupe suit une marche diamétralement inverse. Limité tout d'abord aux biens domaniaux grevés d'une affectation spéciale à l'usage direct et immédiat du public et à un petit nombre d'ouvrages militaires strictement énumérés dans l'art. 5 du décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, il reçoit en 1793 une extension considérable et comprend désormais, outre les choses auxquelles se rapporte l'art. 2 de la grande loi domaniale de 1790, tous les édifices et tous les terrains nationaux régulièrement consacrés à un service public.

C'est ainsi que le législateur révolutionnaire, sans obéir à une préoccupation d'ordre scientifique, sans poursuivre le développement logique d'un système arrêté d'avance dans son esprit, arrive par la force des choses à ne considérer comme indisponibles que les biens particulièrement affectés à l'utilité publique et à les frapper tous d'une égale inaliénabilité. A partir de ce moment, on est autorisé à dire qu'il existe en droit français, conformément à la tradition romaine, un domaine public et un domaine privé. On remarque même, si l'on compare l'une à l'autre les deux législations, qu'un progrès notable a été réalisé. Les jurisconsultes romains, en effet, voyaient dans la domanialité publique un état de fait plutôt qu'un état de droit ; aussi n'ont-ils pas compris que l'affectation à l'usage public et l'affectation à un service public ne différant que par une nuance, n'étant que les variantes d'une seule et même chose, de l'affectation à l'utilité publique, doivent logiquement engendrer les mêmes effets. Mieux inspirées, les

Assemblées révolutionnaires comblent, presque du premier coup, cette lacune et ne méritent qu'un reproche, c'est de n'avoir pas songé au domaine public mobilier.

Avant d'en avoir fini avec cet historique, une dernière difficulté reste à résoudre. Nous devons nous demander si, pendant que s'opère dans le domaine national la transformation radicale que nous avons signalée, le domaine municipal n'est pas lui-même l'objet d'une transformation analogue. Les propriétés communales affectées à la satisfaction de l'intérêt général ne sont-elles pas elles aussi, dès cette époque, inaliénables et imprescriptibles? Telle est la question qui se pose, question fort intéressante que nous nous voyons contraints à regret de passer presque sous silence et de limiter à l'étude de la condition juridique des édifices municipaux.

Ici encore, la législation de la période intermédiaire passe par deux étapes successives. Un décret des 16 oct. 1790-30 janv. 1791 commence par interdire l'aliénation de certains édifices publics communaux particulièrement importants, les hôtels de ville et les palais de justice ordinaire. Trois ans plus tard, le décret du 10 juin 1793, dans les premières lignes de cet art. 5 dont nous avons déjà reproduit la disposition principale, porte que « seront exceptés du partage (partage des biens communaux entre les habitants) les places, promenades, voies publiques et édifices à l'usage des communes ». Ce langage est moins catégorique que celui employé à l'égard des bâtiments et des terrains nationaux, mais, s'il nous renseigne imparfaitement, au point de vue positif, sur la condition des édifices publics municipaux, il suffit à démontrer que ce ne sont pas des propriétés communales ordinaires (1). De là à dire

(1) V^o Wodon, *Traité de la possession et des actions poss.*, t. II, n^o 3.

qu'ils sont absolument indisponibles, il n'y a qu'un pas. Le rapprochement que le législateur opère dans l'art. 5 entre les bâtiments à l'usage des communes et des dépendances incontestables du domaine public municipal, comme les places, les promenades, le soin qu'il apporte à ne citer dans ce texte que des immeubles présentant une destination d'utilité publique permettent, croyons-nous, de le franchir et d'affirmer que les rédacteurs du décret de 1793 entendent placer tous ces immeubles sur le même pied.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DU DOMAINE PUBLIC

L'expression, domaine public, nous l'avons plusieurs fois observé durant le cours de cette étude, comporte deux exceptions fort différentes. Tantôt, on désigne par ces mots tous les biens quelconques de l'État, des départements et des communes, y compris leurs biens patrimoniaux productifs d'un revenu. Tantôt, dans une acception plus restreinte et aussi plus usitée, on les réserve pour les choses domaniales régulièrement affectées aux usages et à l'utilité de tous ; c'est, du reste, la seule que nous ayons à enregistrer ici.

Il n'existe malheureusement dans tout l'arsenal de nos lois aucune définition légale des choses publiques au sens étroit que nous venons d'indiquer, du domaine public qui se compose de l'ensemble de ces choses.

Le Code civil, en effet, ne s'occupe guère du domaine qu'au point de vue de sa classification dans la division des choses considérées en tant que biens ; une dizaine d'articles à peine sont consacrés à ce sujet. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. Le législateur de 1804 réservait l'organisation et la réglementation complète de cette partie si importante de la fortune nationale pour les développer plus tard dans un code général de droit public et admi-

nistratif destiné, dans sa pensée, à être le pendant et le complément du premier. Les travaux préparatoires ne laissent subsister aucun doute à cet égard : « Les biens, a dit, lors des débats, le tribun Goupil-Préfelu, sont susceptibles ou non de propriété privée. Ceux qui, quoique susceptibles de propriété privée, n'appartiennent pas à des particuliers, sont administrés suivant des formes et des règles spéciales. Le Code civil y est étranger » (1). Les déclarations des autres orateurs sont aussi catégoriques.

Il est très regrettable que le législateur moderne ne nous ait pas dotés de ce code de droit public où nous pourrions puiser les règles constitutives de l'usage des choses publiques. Cette lacune malencontreuse laisse le champ libre à toutes les controverses, à toutes les discussions de principe. Les lois et règlements administratifs postérieurs à 1804 ne sont, en matière domaniale, que des textes spéciaux d'où les idées générales semblent systématiquement écartées ; ils négligent, pour la plupart, de distinguer entre le domaine public et le domaine privé de l'État, des départements, des communes, des colonies et, comme conséquence de cette confusion, ils emploient une terminologie souvent défectueuse (2). Le législateur, semble-t-il, a préféré ne rien préjuger et s'en remettre à la doctrine et à la jurisprudence du soin de construire une théorie rationnelle ; il faut convenir qu'elles se sont assez mal acquittées de leur tâche.

(1) Vo Locré, VIII, p. 68 et 69 ; voir aussi les déclarations de ce même tribun. sur l'art. 537. Locré, l. II, t. I, part. VII, n° 7.

(2) La loi du 16 juin 1834 sur la constitution de la propriété en Algérie est la seule qui ait nettement distingué les deux domaines.

On n'est même pas parvenu à se mettre d'accord sur la nature exacte du droit que les personnes morales publiques ont sur leur domaine public respectif. Pour certains auteurs, elles n'y peuvent prétendre qu'un pouvoir d'administration et de police : elles en ont la garde et la surintendance, mais rien au delà. En un mot, ce domaine échappe d'une manière absolue à toute appropriation et demeure *res nullius* aussi longtemps qu'il conserve sa destination. Pour d'autres, à l'inverse, il n'existe aucune contradiction entre les deux idées de domanialité et de propriété ; les choses publiques *stricto sensu* sont objets de possession comme les biens composant le domaine privé et appartiennent vraiment à l'État, aux départements, aux communes, aux colonies, bien que hors du commerce, indisponibles entre leurs mains.

C'est du reste cette même question que nous avons vue agitée entre les interprètes modernes du droit romain et entre nos jurisconsultes des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles. Ainsi qu'il est facile de le constater, elle se pose dans des termes analogues.

Quatre paragraphes vont être successivement consacrés à cette étude : dans le premier, nous allons indiquer les divers intérêts de la controverse ; le second et le troisième serviront à l'exposé des deux systèmes contraires et des opinions qui s'y rattachent ; enfin, dans le dernier, nous allons conclure après discussion en faveur de la théorie que nous avons déjà admise dans la partie historique de notre travail.

§ 1^{er}. — Intérêt de la question.

Il importe de mettre en pleine lumière les conséquences

attachées à la solution du grave problème que nous venons de soulever. Dans l'état actuel de notre législation, elles présentent un intérêt pratique incontestablement moins immédiat que dans les pays où la question a été discutée au point de vue des applications modernes du droit romain; il convient cependant de ne pas en méconnaître l'importance, car elle est encore très sérieuse.

Si les dépendances du domaine public répugnent à l'idée de propriété et ne sont pas susceptibles d'appropriation, ainsi que le prétend, sous l'influence des savantes dissertations de Proudhon, la majorité des jurisconsultes et des auteurs français, il résulte forcément de cette manière de voir qu'il y a unité de domaine public (1). Entre l'État, les départements et les communes, a lieu une simple répartition de fonctions administratives. L'État se décharge du soin d'entretenir les choses qui sont plus spécialement destinées au public départemental ou municipal et, par une juste mesure de réciprocité, abandonne les profits divers, les avantages matériels de toute nature qu'elles peuvent produire; mais, en réalité, il n'y a pas, il ne saurait y avoir un domaine public départemental et un domaine public municipal à côté d'un domaine public national. Les choses publiques ne formant pas par définition une masse patrimoniale, il est impossible qu'elles composent plusieurs patrimoines distincts dont les propriétaires respectifs, sur le territoire continental de la France, seraient les trois grandes unités administratives.

Avec le second système, on doit admettre la solution

(1) Cf. sur ce point, Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., p. 621 et 622; Saleilles, *Revue bourguignonne*, 1891, p. 654 et 655 et *Le Domaine public à Rome* du même auteur, p. 88 et 89.

opposée; il ne saurait plus être question d'unifier le domaine public et la raison en est bien simple. Puisque le domaine public, dans cette théorie, est constitué par des biens comme les autres, eux aussi objets de propriété, on ne voit pas quels motifs pourraient s'opposer à ce qu'il y ait vraiment trois sortes de domaines publics correspondant non plus à une fonction administrative mais à un droit de propriété. Le département, la commune n'ont-ils pas comme l'État et au même titre leur personnalité, une vie, une individualité indépendantes? Ne possèdent-ils pas chacun leur domaine privé?

Si l'on adopte ce dernier système, il est rationnel de décider que les dépendances du domaine public départemental ou municipal entrent dans le patrimoine privé du département ou de la commune, lorsqu'elles viennent à perdre cette qualité. La désaffectation a pour unique effet de lever les obstacles qui paralysaient auparavant la mise en valeur de la chose, de rendre toute son efficacité à un droit de propriété dont il n'y a aucune raison de changer le titulaire. Admet-on, à l'inverse, que les choses publiques sont des *res nullius*, que l'État, pour ne citer que cet exemple, a sur elles un simple pouvoir d'administration souveraine, il n'est plus aussi logique d'attribuer la propriété des choses désaffectées à la personne administrative qui en avait la garde. Il semble, en effet, que cette propriété devrait passer de préférence aux mains de l'État par application de la règle qui attribue à ce dernier les biens vacants et sans maître, surtout si l'on songe qu'avant le déclassement les départements et les communes exercent leur surintendance en qualité de mandataires et ne sont, au fond, que des délégués. Cette solution rigoureuse n'est admise cependant par aucun auteur. Pour se

dispenser de l'adopter, on suppose une renonciation consentie d'avance par l'État, un abandon, sinon exprès au moins tacite, de ses droits destiné à compenser les charges et les soucis de l'administration. On doit en convenir, l'hypothèse est très plausible, la conséquence que l'on en tire est fort équitable, mais ni l'une ni l'autre ne s'imposent. Cela est tellement vrai que dans un pays comme la Suisse où il fallait, de l'avis unanime des jurisconsultes, ne tenir compte que des principes et les appliquer sans tempérament, avec tous leurs corollaires, l'attribution d'anciennes dépendances du domaine public a pu donner lieu à un débat judiciaire. Nous avons déjà parlé avec quelques détails dans la seconde section de notre historique du procès relatif aux fortifications de la ville de Bâle (1).

Les divers points de droit agités jusqu'ici sembleront, peut-être, un peu abstraits, plus théoriques que pratiques ; on n'en perçoit guère, en effet, que l'importance doctrinale. Mais, ainsi que nous allons le voir, notre controverse met également en jeu et laisse en suspens des intérêts plus réels, plus tangibles qui expliquent mieux le retentissement auquel elle a été appelée.

Le domaine public est-il *res nullius*, ne comporte-t-il aucun droit rentrant dans la sphère des droits privés ordinaires, les personnes morales publiques qui en ont le dépôt et la haute direction ne peuvent agir en revendication contre celui qui les a dépouillées de quelqu'une des dépendances de ce domaine. En effet, la première condition à remplir pour être autorisé à revendiquer une chose, condition absolument indispensable, *sine quâ non*, con-

(1) V^o *suprà*, p. 44 et 45.

siste à en être propriétaire, or, cette qualité essentielle fait défaut à l'État aussi bien qu'aux départements ou aux communes. On comprendrait l'exercice d'une autre action, par exemple d'une action populaire analogue aux interdits de la législation romaine, d'une action en reprise ayant le caractère d'une poursuite administrative (1). Au sentiment de M. de Récy, l'action civile appliquée à la conservation du domaine public serait une simple action en délaissement fondée sur ce fait que la chose usurpée n'est point dans le commerce; les tribunaux ordinaires resteraient compétents pour en connaître (2). Mais, quelle que soit la solution adoptée, une chose nous paraît certaine; c'est que la revendication doit être écartée.

On ne s'explique pas davantage que l'État, les départements et les communes puissent avoir la faculté de se prévaloir en justice de leur possession pour agir en complainte. Cette action exige, en effet, et suppose de la part de ceux qui l'intentent une possession annale non précaire, paisible, publique, douée, en un mot, de tous les caractères énumérés par l'art. 2229 du Code civil une possession de droit, légale et non une simple détention; or, il est manifeste que, si les dépendances du domaine public sont *res nullius*, leur dépôt entre les mains des personnes administratives est loin de présenter ces conditions (3). La réintégration sera cependant recevable puisque, d'après le système définitivement adopté par la jurisprudence, la possession alléguée par le de-

(1) Hauriou, *op. cit.*, p. 617; Wodon, *Traité des choses publiques*, p. 49.

(2) V^o de Récy, *op. cit.*, t. I, p. 458 et 459, t. II, p. 127; *Repertoire de Béquet*, t. XI, p. 149, 212 et 213.

(3) V^o Saleilles, *Le domaine public à Rome*, p. 88, n^o 54.

mandeur n'est pas soumise aux mêmes exigences que dans l'hypothèse précédente. Pour l'admissibilité de cette action, il suffit d'une détention même précaire et momentanée, pourvu qu'elle soit matérielle, paisible et publique. La réintégration diffère, en effet, des autres actions possessoires en ce qu'elle est, avant tout, destinée à la répression des actes de violence, à la sauvegarde de l'ordre social; elle ne découle pas directement de la possession, c'est-à-dire d'une présomption de propriété, elle naît *quasi ex delicto* de ce fait incontestable que nul, dans une société civilisée, n'a le droit de se rendre lui-même justice en renonçant à l'emploi des moyens légaux. C'est là ce qui explique la facilité plus grande avec laquelle on peut l'intenter et toutes les faveurs dont elle est environnée (1).

Dans cette théorie, le domaine public ne saurait donner lieu à aucune transaction, à aucun acte de commerce susceptible de conférer des droits fermes aux particuliers, comme une location par exemple. Il n'est nul besoin, pour légitimer cette solution, de faire intervenir les dispositions législatives instituant l'indisponibilité domaniale; on n'a pas à rechercher si les conventions, si les droits dont il s'agit constituent ou non une atteinte au principe de l'inaliénabilité (2). Les choses publiques sont des *res nullius* incompatibles par leur nature ou par l'effet de leur desti-

(1) La jurisprudence s'est fixée en ce sens par de nombreux arrêts rapportés dans les *Pandectes françaises, Action possessoire*, sous les numéros 687 et 693. V^o surtout Cass., 21 janvier 1862, S., 1862. 1. 663; Cass., 20 avril 1862, S., 1863. 1. 348; 22 janvier et 27 fév. 1878, S., 1878. 1. 216, D. P. 1878. 1. 316 et 277; 20 juillet 1880, S., 1882. 1. 215; Conseil d'État, 30 avril 1863, S., 1863. 2. 183.

(2) V^o *suprà*, chap. prélim.

nation avec tout droit privé, propriété ou autre ; cela suffit à expliquer l'indisponibilité si entière, la mise hors du commerce si absolue dont elles sont l'objet. L'intérêt qui s'attache dans certains cas à cette dernière observation est trop manifeste, pour qu'il soit nécessaire d'insister.

Si le domaine public n'appartient à personne, à raison d'une impossibilité radicale d'être possédé par qui que ce soit, même par l'État, par les départements ou par les communes, les objets qui répugnent à toute possession individuelle doivent seuls être classés dans cette catégorie. La domanialité publique supposant une inaptitude complète à la propriété, il faut que l'appropriation soit irréalisable à tous les points de vue, qu'aucun des avantages produits par la chose ne soit susceptible de possession exclusive. Il devient, dès lors, très difficile de considérer l'affectation à un service public d'une dépendance quelconque du domaine national, départemental ou communal comme suffisamment absorbante pour déterminer l'impossibilité absolue, l'inaptitude dont nous venons de parler. Elle ne le peut, tout au moins, que si le législateur l'a ainsi décidé, encore faut-il une disposition d'une parfaite netteté, un texte que l'on ne puisse pas interpréter dans le sens d'une dérogation aux principes généraux. Avec ce système, une consécration réalisée à l'usage de tous nous paraît avoir seule assez de force, assez d'énergie, au moins en règle générale, pour entraîner le classement dans le domaine public de la chose qui en est l'objet. On est donc amené à resserrer la domanialité publique dans des limites très étroites et à faire dépendre en partie le *critérium* de celle-ci de la solution que

reçoit notre controverse, ce qui est capital dans cette étude (1).

Se décide-t-on en faveur de l'opinion contraire, admet-on que les choses énumérées ou prévues par les art. 538 et 540 du Code civil ne sont pas entre les mains des personnes administratives des *res nullius*, mais des biens soumis à un droit de même nature que la propriété civile, malgré les modifications profondes qui l'altèrent, il faut adopter sur tous les points que nous venons de passer en revue des solutions diamétralement inverses.

L'Etat, le département, la commune peuvent exercer la revendication et les diverses actions possessoires. Les particuliers, de leur côté, sont autorisés à acquérir sur les dépendances du domaine les droits qui ne sont pas en opposition avec la règle de l'indisponibilité ; or, cette dernière ne met obstacle, nous le savons, qu'aux actes susceptibles de porter atteinte à la destination d'utilité publique de ces choses. Enfin, il est possible de placer sur le même pied les deux sortes d'affectation et de leur faire produire des effets analogues.

Il est un dernier intérêt de la question que nous n'avons pas encore signalé, mais que nous ne pouvons passer sous silence, parce que, s'il n'existe pas en France à l'heure actuelle, il est à présumer que, sous peu d'années, la situation sera tout autre. La solution de notre controverse entre, en effet, comme un élément important dans la discussion d'un grave problème législatif qui se pose dans

(1) Nous devons reconnaître cependant que ce point n'est pas unanimement admis et que plusieurs partisans de cette première théorie n'en placent pas moins leur critérium dans une affectation à l'utilité publique.

tous les pays où l'on a organisé un système général de publicité en matière de droits réels immobiliers : faut-il ou ne faut-il pas soumettre les dépendances du domaine public immobilier à une inscription sur les registres fonciers, à une immatriculation au nom de leur titulaire ? En Allemagne, déjà, quelques auteurs, partisans convaincus de la théorie du droit de propriété, ont protesté dans leurs ouvrages contre l'exemption, peu conforme aux principes, dont les choses publiques sont l'objet sous l'empire des lois actuellement en vigueur et réclamé sur ce point une réforme radicale dont les avantages de fait n'ont même pas besoin d'être signalés (1).

En France, où l'opinion est si lente à s'émouvoir pour le succès des réformes usuelles et pratiques, il n'est guère probable que l'on ait à se préoccuper de cette question, jusqu'au moment où les discussions relatives à la réforme du régime hypothécaire auront de nouveau signalé et mis à l'ordre du jour les inconvénients qui résultent d'une publicité insuffisante, comme celle qu'a instituée notre loi du 23 mars 1855.

§ 2. — Exposé du système qui nie le droit de propriété.

Les nombreux partisans de la théorie qui refuse de reconnaître un prétendu droit de propriété existant au profit des personnes administratives se prévalent de puissantes considérations traditionnelles que nous devons

(1) Cf. la liste déjà longue de ces auteurs et de leurs ouvrages, avec les renvois, présentée en note par M. Saleilles dans *Le domaine public à Rome*, p. 90.

nous contenter d'effleurer, en renvoyant pour les détails à notre historique. Ils invoquent, d'abord, les principes romains en matière de domanialité, exposés plus particulièrement dans les écrits de Gaius, puis la tendance à séparer la souveraineté et la propriété qui se manifeste, en dépit des affirmations officielles contenues dans les ordonnances royales, chez les jurisconsultes français les plus justement renommés de la fin de l'ancien régime comme Loyseau, Domat, Delamarre, Legrand et finit par amener, durant la Révolution, le triomphe de ces idées.

Les travaux préparatoires du Code civil leur fournissent de nouvelles armes et de nouveaux arguments. Cette distinction déjà ancienne de la souveraineté et de la propriété, de l'*imperium* et du *dominium* n'est-elle pas énergiquement affirmée par la plupart des orateurs qui ont pris part aux débats? La division en deux groupes des biens de l'État et des communes ne résulte-t-elle pas de l'exposé des motifs, de l'opposition qu'il cherche à établir entre les propriétés nationales ou municipales et les choses publiques proprement dites (1)? Nulle part, concluent les auteurs dont nous rapportons l'opinion et le langage, l'intention du législateur ne s'est aussi clairement manifestée.

Le Code civil lui-même est mis à contribution dans plusieurs de ses articles, les seuls, d'ailleurs, qui soient relatifs au sujet et où l'on ait chance de découvrir les principes de la matière; on leur emprunte un double argument, argument de texte et argument rationnel, dont il semble difficile de contester la valeur. L'art. 538. à

(1) V^o Loqué, *Exposé des motifs* p. 58.

l'exemple de l'art. 2 de la loi des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, définit le domaine public : l'ensemble « des choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée ». C'est dire nettement que l'État, les départements et les communes ne sauraient en être considérés comme propriétaires, puisqu'il n'y a, sous l'empire du Code civil, qu'une seule sorte de propriété, celle dont l'art. 544 détermine les caractères constitutifs et les limites, au moyen d'une formule qui semble le contre pied absolu du droit que possèdent les personnes administratives sur leur domaine public.

Des trois attributs mentionnés en cet art. 544, il n'en est pas un seul qui reste intact aux mains de l'État, du département ou de la commune. L'*abusus* ou faculté de disposer disparaît complètement ; une chose publique ne doit être, en effet, ni aliénée ni modifiée dans sa substance, parce qu'il est d'utilité générale qu'elle demeure avec sa manière d'être actuelle. L'*usus* disparaît aussi, en ce sens qu'elle ne peut pas servir à un usage différent de celui auquel elle a été consacrée, tant qu'il n'aura pas été procédé à un changement régulier d'affectation. Le *fructus* lui-même est profondément restreint, puisque, si le dépositaire de la chose a le droit incontestable de percevoir tous les fruits que celle-ci peut porter et de profiter des divers avantages dont elle est susceptible, il doit veiller à ce que le public n'ait pas à souffrir de cet essai d'utilisation.

Qu'est-ce qu'un droit de propriété aussi mesquin, aussi gravement altéré dans sa substance ? Qu'est-ce donc qu'un *dominium* qui, loin d'être avantageux pour son titulaire, constitue pour celui-ci une lourde charge, puisqu'il l'oblige, le plus souvent sans compensation appréciable, à subve-

nir aux frais d'entretien ? (1) Conçoit-on en saine logique qu'un ensemble, qu'un total subsistent indépendamment des éléments qui le composent, quand chacun d'eux considéré à part a déjà disparu ? A une question ainsi posée, il semble que la réponse soit d'avance toute tracée.

On s'explique, sans peine, une indisponibilité qui laisse intacte la propriété, car l'usage de la chose demeure au propriétaire si la faculté d'en disposer lui est enlevée et cela suffit. On imagine et l'on comprend un *dominium* subsistant en dépit d'un usufruit, dût-on le supposer perpétuel, ou d'une servitude réelle, si absorbante soit-elle ; le propriétaire, dans ce cas encore, n'est pas complètement dépouillé, il conserve, malgré tout, la jouissance de certains droits et ces droits ne sont ni inutiles ni sans valeur entre ses mains puisque, si bon lui semble, ils peuvent être aliénés par lui à titre gratuit ou onéreux. A l'inverse, on ne conçoit pas que les dépendances du domaine public soient objets de propriété.

Il n'existe, au sentiment de nos auteurs, aucune contradiction entre cette solution et les précédentes, les personnes morales administratives qui ont le dépôt et la charge du domaine public se trouvant dans une situation tout autre. Ces personnes ont, sans doute, la faculté de faire disparaître l'affectation et, par suite, la domanialité, mais, tant qu'il n'a pas été fait usage de ce droit, elles ne retirent de la chose que de rares produits, de minces profits dont l'importance paraît encore plus minime si on la compare à la valeur de la chose elle-même et aux frais dont celle-ci est l'occasion. Ce n'est vraiment pas assez pour satisfaire le bon sens et la raison qui se refusent de façon impé-

(1) Cf. M. Hauriou, *op. cit.*, p. 625.

rieuse à reconnaître un droit de propriété dans le droit que nous venons de décrire, à les assimiler l'un à l'autre, à leur donner le même nom.

Il y a, d'ailleurs, un obstacle plus absolu que cette disparition presque complète de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*. Toute propriété restreinte par une servitude qui la démembre suppose une mesure, une limite fixées aux droits qui pèsent sur elle, condition *sine qua non* qui fait ici totalement défaut. M. de Ihéring, l'un des partisans les plus convaincus de la théorie que nous exposons, observe, en effet, que le droit d'usage public, que « l'*usus publicus* » a pour bénéficiaire le public, c'est-à-dire tout le monde, une masse indéterminée d'ayants droit, tous ceux, en un mot, qui voudront user de la chose d'une manière conforme à sa destination (1).

Dès lors, dit-on, une solution s'impose, logique, nécessaire : l'affectation à l'usage public éteint la propriété au point de l'anéantir. Cette solution que commande le plus vulgaire bon sens est, en même temps, corroborée par les textes législatifs, notamment par la disposition finale de l'art. 538 et par un dernier argument que fournit l'art. 714 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ; des lois de police règlent la manière d'en jouir ». Les dépendances du domaine public doivent être classées parmi ces choses, car l'usage en est commun à tous. De là il découle qu'elles n'appartiennent à personne, pas même à l'État ; les termes de l'article sont formels à cet égard.

On ne saurait contester que le législateur, au cours de la période intermédiaire et dans quelques lois postérieures

(1) V^o Ihéring *Rechtsgutachten*, p. 39 à 43.

au Code civil, ait employé parfois des expressions qui tendent à laisser supposer que, dans sa pensée, les choses publiques « *stricto sensu* » sont la propriété de l'État et des communes, leur appartiennent. Mais il convient de n'attacher aucune importance à ces locutions malencontreuses. Le législateur n'est point à l'abri de la contradiction ou de l'erreur, il use trop souvent d'une terminologie fautive ou défectueuse; on en trouve la preuve dans le Code civil jusque dans les rares articles réservés aux matières domaniales où les mots « domaine public » sont successivement entendus dans les sens les plus divers. L'emploi des expressions « propriétés de la commune », « propriétés nationales », « appartenir aux communes », peut donc s'expliquer par une confusion analogue des choses composant le domaine public national et municipal avec le patrimoine privé de l'État et des communes. On peut aussi l'envisager comme la conséquence d'une habitude de langage vicieuse, contractée au temps où le domaine public ne se distinguait pas en droit du domaine privé et, par suite, avait à tous égards les mêmes caractères, la même nature juridique (1).

Il faut observer, en effet, que les termes incriminés sont susceptibles de revêtir deux acceptions bien différentes : dans un premier sens tout juridique qui devrait être le seul connu du législateur, car c'est leur sens propre, ils se réfèrent au *dominium*, au droit défini par l'art. 544 du Code civil, mais la langue du monde, le langage courant, peu soucieux d'une précision scientifique, désignent souvent sous le nom de propriété un rapport beaucoup plus vague existant entre une personne et une

(1) V^o Gaudry, *Traité du domaine*, nos 57, 64, 267, 624 et 636.

chose. Le pouvoir d'administration que l'État, les départements et les communes possèdent sur leur domaine public peut se trouver qualifié de cette manière, soit par ignorance des véritables principes, soit pour éviter l'emploi d'une périphrase. Ainsi que l'observe M. Ducrocq, « la locution la plus brève exerce sur la plume du rédacteur d'une loi, d'un arrêt ou d'un avis du Conseil d'État, une sorte d'attraction à laquelle il ne songe pas toujours à se soustraire, quoique l'expression ne soit pas rigoureusement exacte » (1). Voilà, sans nul doute, ce qui a dû se produire pour les textes auxquels il vient d'être fait allusion.

L'art. 7 de la loi municipale du 5 avril 1884, dans son alinéa 4 relatif à la réunion d'une commune à une autre commune, dispose : « Les édifices et autres immeubles servant à un usage public et situés sur le territoire de la commune réunie... deviennent la propriété de la commune à laquelle est faite la réunion ». Est-ce à dire que ces édifices, que ces immeubles vont être soumis à un véritable *dominium*, ainsi que cela semble résulter des derniers mots qui viennent d'être transcrits ? Nullement. Le législateur préoccupé de régler le sort de ces immeubles décide qu'ils seront rattachés au domaine de la seconde commune ; comme ce ne peut être qu'avec leur qualité de dépendances du domaine public municipal, il n'a certainement voulu faire allusion qu'au droit de garde auquel ces choses sont assujetties. De même, dans les art. 4 et 3 de la loi du 20 août 1884 sur les chemins ruraux, les expressions « chemins appartenant aux communes... appartenir

(1) *Revue critique de légist. et de jurisprud.*, 1865, T. 27, p. 327, réponse de M. Ducrocq à un article de M. Lamache.

aux communes » ne sauraient être prises dans leur acception technique, mais bien dans un sens analogue. Il serait facile de multiplier les exemples, les lois hâtivement rédigées n'étant que trop nombreuses.

Tous ces raisonnements tendent à démontrer que les choses publiques ne sont pas objets de propriété, mais ils ne font pas encore connaître ce qu'est au point de vue positif leur condition juridique. Une simple négation ne suffit pas à cet effet, il faut préciser davantage.

Pour la généralité des auteurs et des juristes français qui se sont préoccupés de rechercher la nature du rapport auquel les dépendances du domaine public sont assujetties, il n'existe, en ce qui les concerne, que des relations juridiques appartenant aux rapports de droit public (1). Incompatibles avec toute idée de possession ou de propriété, *res nullius*, elles sont soumises au droit de souveraineté de l'État, droit auquel les départements et les communes peuvent aussi prétendre par voie de délégation et qui n'est ni moins énergique ni moins étendu que la propriété, car il n'a d'autres limites que la destination de la chose à l'utilité collective. Organes et représentants des intérêts généraux de la société, les personnes administratives ont le dépôt et la police de leur domaine public pour le compte des générations à venir et sont chargées, à ce titre, d'en assurer la conservation, en réprimant les abus de jouissance, dont il peut être l'objet. Elles le gèrent et, ce faisant, exercent un pouvoir

(1) Cf. de Récy, *Traité du domaine public*, T. I, p. 418. Voir aussi Aubry et Rau, *Droit civil français*, T. II, p. 38 ; Ducrocq, *Cours de droit administr.* T. II, p. 107 et *Traité des édifices publics*, p. 80 et 88 ; Laurent, *Principes de droit civil*, n° 54.

d'administration souveraine, une sorte de surintendance qui explique, sans qu'il soit besoin de recourir à l'hypothèse d'un droit de propriété, la faculté qu'elles ont de changer la destination des choses publiques, de les désaffecter et d'en tirer au moyen de concessions ou autrement toute l'utilité possible.

La jurisprudence s'est, à différentes reprises, prononcée dans ce sens ; il semble même qu'elle ait devancé la doctrine et lui ait tracé la voie. Par un arrêt en date du 10 janvier 1844, la Cour de cassation a dénié aux communes aussi bien qu'aux particuliers le droit d'intenter une action possessoire à l'occasion des cimetières, en s'appuyant sur cette considération que ce sont des dépendances du domaine public communal (1). Nous lisons, d'autre part, dans un arrêt de la cour de Caen du 27 août 1866 : « considérant que l'État a sur les rivages de la mer moins un domaine qu'un simple droit de protection et de surveillance dans un intérêt général (2).

Il faut observer toutefois que, pendant de longues années, la jurisprudence a eu une tendance très marquée à restreindre les droits des personnes morales publiques à la garde et à la police, aussi a-t-elle refusé, durant cette période, de reconnaître la validité des concessions domaniales, en l'absence de textes législatifs les autorisant. Le 7 juillet 1869, la Cour de cassation, à l'exemple de ce qu'avait décidé la cour de Caen dans son arrêt précité, déclare que les rivages de la mer sont hors du commerce, ne peuvent faire l'objet d'aucune convention ni, par conséquent, d'aucune stipulation de redevance et que, d'ailleurs,

(1) S. 1844. 1. 120.

(2) D. 1867. 2. 221.

malgré « son droit général » sur les choses publiques, l'État ne doit pas concéder en jouissance exclusive ce qui est à l'usage de tous (1). Depuis lors, diverses lois de finance ont formellement admis la perception de redevances à l'occasion d'occupations temporaires ou de locations des dépendances du domaine public maritime ou du domaine fluvial, aussi ne subsiste-t-il aucun doute sur la légalité de ces concessions. Un nouvel arrêt de la Cour suprême, rendu le 11 août 1891, reconnaît même qu'elles trouvent un fondement suffisant dans « ce droit général que l'État a sur son domaine public » ; il néglige malheureusement de nous apprendre si ce droit de l'État s'analyse en un droit de propriété ou en un simple pouvoir d'administration souveraine portant sur une *res nullius* (2).

Proudhon développe dans ses ouvrages de droit administratif, une thèse qui apparaît, au premier abord, comme le contrepied absolu de la précédente. Après avoir déclaré, en propres termes, que « le domaine public matériellement considéré s'entend des choses qui appartiennent à l'être moral et collectif que nous appelons le public, comme le domaine privé s'entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers », il ajoute que « le public est le vrai possesseur du fonds et doit avoir au besoin les avantages de la prescription acquisitive du terrain » (3). L'administration, dit-il encore, peut valablement, au nom de ce dernier, intenter les actions pétitoires et possessoires, posséder, revendiquer et prescrire (4).

(1) S. 69. 1. 418.

(2) S. 92. 1. 132.

(3) Proudhon, *Traité du domaine public*, n° 202.

(4) Proudhon, *op. cit.*, nos 238, 343, 625, 631.

Il semble donc, à s'en tenir là, que, dans la théorie de Proudhon, les choses publiques soient vraiment la propriété du public. Mais l'éminent jurisconsulte explique lui-même sa pensée et prend soin de montrer combien ce domaine diffère essentiellement du domaine de propriété. « Il ne s'applique qu'à des choses qui n'appartiennent propriétéirement à personne, tandis que le domaine de propriété, au contraire, n'a pour objet que les choses propres à un maître qui en jouit à l'exclusion de tous autres... Or, ce caractère exclusif ne peut convenir aux biens qui composent le domaine public, puisque chacun a également, et au même titre, le droit d'en jouir suivant leur destination et que ce droit appartient même aux étrangers qui se trouvent à portée d'en user » Proudhon conclut que « le domaine public n'est pour personne, pas même pour l'État, un domaine de propriété, puisque nul n'en est exclu... ce n'est pour le gouvernement qu'un domaine de protection pour en garantir la jouissance à tous les individus qui peuvent en avoir besoin » (1). N'est-ce pas la caractéristique du système auquel ce paragraphe est consacré?

Au fond, toute question de mots mise à part, la théorie de Proudhon ne diffère de celle que nous venons d'exposer que sur un point : elle laisse à l'État, aux départements et aux communes une sorte de possessoire de protection qui leur permet d'exercer les actions possessoires ou la revendication contre les particuliers et laisse, en outre, le domaine public se constituer par prescription. Proudhon est donc à la fois le précurseur et le promoteur d'un système auquel, soit en France, soit en Belgique, certains

(1) Proudhon, *op. cit.*, nos 202 et 203.

domanistes modernes (en assez petit nombre, il est vrai) n'ont pas hésité à faire produire toutes ses conséquences naturelles et logiques (1).

Il existe, en outre, un système divergent brillamment soutenu en Allemagne par M. de Ihéring, qui considère, à l'opposé des théories françaises, les dépendances du domaine public comme n'échappant pas complètement à l'empire du droit privé. On pourrait s'attendre, d'après ces prémisses, à voir apparaître l'idée de propriété; telle n'est pas cependant la conclusion du savant auteur de *l'Esprit du droit romain*. Les choses publiques, croit-il, ne sont pas objet de propriété, parce que celle-ci suppose un sujet nettement déterminé qu'on chercherait en vain en matière domaniale : le public ne peut être ce titulaire, car il se compose, par définition, d'une masse indéterminée et indéterminable et, d'autre part, l'État ou les communes ne sauraient l'être davantage, l'usage public absorbant et étreignant son objet de manière à ne laisser place pour aucun autre droit à ses côtés (2).

Les choses publiques sont, par conséquent, des *res nullius*, mais n'en restent pas moins assujetties à une relation de droit privé. M. de Ihéring, en effet, dans la partie vraiment originale de sa théorie, s'élève avec force contre le préjugé juridique si répandu qui prétend ramener tous les rapports pécuniaires à la notion de propriété ou à ses dérivés et s'attache à démontrer qu'une chose peut donner lieu à un droit privé qui ne consisterait pas, comme le *dominium* des jurisconsultes romains ou du Code civil

(1) Cf. *infra*, § 4.

(2) Ihéring, *Esprit du droit romain*, traduct., 1888, p. 336 et 348. note 534.

français, dans une faculté absolue de disposition. L'usage public appartient à cette catégorie. C'est un rapport juridique très étroit emportant lui aussi main-mise de l'homme sur les choses, mais, à cause de la qualité de son titulaire, n'ayant rien de commun avec le droit exclusif et individuel qu'est la propriété entendue dans son sens propre et traditionnel. Il n'a pas d'équivalent en législation, aussi paraît-il impossible de le préciser par comparaison.

Ce système, malgré les particularités qui le caractérisent, se rattache par beaucoup de points à celui de Proudhon et n'en constitue guère que le développement ou du moins une seconde ramification.

§ 3. — Exposé du système qui affirme l'existence du droit de propriété.

En regard de ce groupe de systèmes, il est une théorie plus simpliste, d'apparence moins scientifique, qui, dans une certaine mesure, confond sous une même définition le domaine public et le domaine privé et les considère tous deux comme objets de propriété, bien que régis, au point de vue de leur disponibilité, par des principes diamétralement opposés. Elle aussi se prévaut d'arguments empruntés à l'histoire ou aux textes législatifs et invoque des considérations rationnelles de la plus haute portée.

L'idée de propriété, nous dit-on dans cette opinion, apparaît dès le début, aussitôt que le domaine public « *stricto sensu* » commence à former une branche à part au sein du domaine national ou municipal et, malgré quelques contradictions, se montre toujours dominante.

En droit romain, ni sous la République, ni au temps des Césars, la question ne fait difficulté ; ce sont les commentateurs et les interprètes modernes qui ont trouvé dans les écrits de Gaius ce qui n'y était pas et lui ont prêté gratuitement un système auquel il ne songeait guère. Gaius, en effet, après avoir qualifié les *res publicæ* de *res nullius*, les attribue aux corporations publiques, État ou communes, il en fait des *res universitatis*. Contractoires en apparence, ces deux expressions s'éclairent et se complètent, au contraire, l'une par l'autre : elles affirment de la manière à la fois la plus limpide et la plus énergique la mise hors du commerce de ce domaine et le droit de propriété de l'État (1).

Ce n'est pas davantage dans notre ancienne France qu'il faut aller chercher, avec quelques chances de succès, la négation de cette dernière idée. Avant et après la féodalité, à l'époque même de la monarchie absolue, la notion d'un domaine public fait entièrement défaut : les *res publicæ in usu publico* de la période gallo-romaine appartiennent aux rois ou aux seigneurs à titre privé et, en dépit de tous les efforts tentés par Loyseau, Domat, Lefebvre de la Planche pour abattre leur droit de propriété, ce dernier subsiste encore à la veille de la Révolution.

Les décrets de la Constituante restituent à l'État sa personnalité et changent, par conséquent, le titulaire du droit : ils n'en transforment nullement la nature. La loi organique et constitutive de la domanialité publique, le fameux décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, est, par ses considérants préliminaires et le rapport auquel elle

(1) Les développements donnés à cette question dans l'historique nous permettent de glisser sur tous ces points.

donne lieu, d'une remarquable précision; il en résulte que les choses publiques ne sont pas des *res nullius*, qu'elles ont toujours un propriétaire, la nation ou, si l'on préfère, l'État.

Le cortège des lois qui ont précédé ou suivi est animé du même esprit. Le décret du 16 octobre 1790, par exemple, stipule que les hôtels de ville et autres édifices publics « continueront à appartenir aux villes où il sont situés » or, dans l'opinion la plus généralement admise, ce sont des dépendances du domaine public. L'année suivante, le décret des 6-10 juillet 1791 porte que tous les terrains militaires et les forteresses sont des « propriétés nationales ». Il serait facile de multiplier les arguments, en continuant à puiser dans l'arsenal des lois de cette époque, mais ici encore nous préférons renvoyer à notre historique.

Cette situation aurait-elle donc été modifiée par le fait de l'apparition du Code civil? Les partisans du système que nous rapportons le nient et prétendent qu'actuellement le droit de propriété de l'État fait moins de doute que jamais.

Un seul article dans le code de 1804, l'art. 538, caractérise et définit dans une certaine mesure les choses publiques; reproduction à peu près littérale de l'art. 2 du décret du 22 novembre, il renferme, à cet effet, une formule que nous connaissons déjà: « non susceptibles de propriété privée ». Eclairée par l'ensemble des dispositions de la loi domaniale, les travaux préparatoires auxquels celle-ci a donné lieu et par les considérants qui l'accompagnent, cette expression n'implique point, en 1790, l'exclusion de l'idée de propriété, elle ne s'oppose en aucune façon au droit de l'État. En est-il autrement sous

l'empire du Code civil ? Ces quelques mots doivent-ils être entendus avec une signification différente ?

Pour les auteurs dont nous exposons l'opinion, la réponse ne saurait faire difficulté. La formule « non susceptibles de propriété privée » n'a pu, disent-ils, changer de sens en passant dans l'art. 538, que si le législateur de 1804 a témoigné, manifesté nettement l'intention d'en modifier l'acceptation. Or, que l'on consulte les travaux préparatoires du code, la lettre de ses articles, l'exposé des motifs et l'on sera édifié à cet égard ; nulle part, il n'y est question d'une chose semblable. Diverses circonstances tendent, au contraire, à prouver indirectement que le droit de propriété de l'État et des communes n'a jamais cessé d'être admis (1).

En comparant la rédaction de l'art. 2 du décret du 1^{er} décembre 1790 à celle de l'art. 538, on découvre, en effet, dès les premiers mots, une différence entre les deux textes. Tandis que l'art. 2 cite « les chemins publics, les rues et places des villes », l'art. 538 ne mentionne plus que « les chemins, routes et rues à la charge de l'État ». Tout le monde s'accorde cependant à reconnaître que les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu dénier par là aux chemins vicinaux, aux rues et aux places des villes le caractère que leur imprimait la législation antérieure. Le silence de l'art. 538 s'explique par des considérations d'un ordre tout différent. Dans la pensée du législateur, telle qu'elle nous est révélée par les débats, notamment par les déclarations de Regnaud de Saint-Jean-d'Angély

(1) Nous réservons, pour la développer au paragraphe suivant, la réponse à l'objection que l'opinion adverse puise dans l'art. 544 du Code civil.

et de Treilhard, ce texte est réservé tout entier à l'énumération des principales dépendances du domaine public national (1); les rues et places des villes se rattachant au domaine municipal restent en dehors de sa sphère d'application, il n'a pas, dès lors, à s'en occuper. Le Code civil tient compte de la répartition des choses publiques entre l'État et les communes et, par cela même, reconnaît l'existence d'un domaine public municipal distinct du domaine public national. Il se prononce donc implicitement en faveur de la théorie qui considère les choses non susceptibles de propriété privée comme susceptibles d'une propriété publique, puisque, ainsi que nous l'avons démontré, il ne peut y avoir pluralité de domaines publics, au point de vue patrimonial, si les choses publiques constituent de véritables « *res nullius* ».

L'art. 538 est contenu dans un chapitre portant pour rubrique : « Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent ». Ce titre suggère plusieurs observations. Si le domaine public n'appartient à personne, si ses dépendances répugnent à l'idée de propriété, comme le prétend le système adverse, les objets qui le composent ne sont pas, à proprement parler, des « biens » mais plutôt des choses, le mot « possèdent », à plus forte raison, est inexact. En outre, il semble ressortir de l'ensemble de la rubrique qu'il sera question dans le chapitre du régime de la propriété suivant la qualité du propriétaire et non de la nature des droits qui peuvent exister par rapport aux biens. Cela laisse supposer que toutes les choses énumérées

(1) Ils demandaient que l'on corrigeât une énumération qu'ils jugeaient inexacte, domaine public étant pour eux équivalent de domaine national, de domaine de l'État.

dans ce chapitre étaient considérées par les rédacteurs du code comme objets de possession et de propriété publique ou privée (1).

L'analyse des divers éléments de l'art. 538 conduit à la même conclusion. On ne saurait expliquer sans cela, d'une manière satisfaisante, le rapprochement que le législateur fait, dans ce texte, de dépendances du domaine public et de dépendances du domaine privé, telles que le sont les lais et relais de la mer, d'après l'opinion la plus généralement admise. Peut-être, faut-il y voir une erreur, le résultat d'une inadvertance ; en tout cas, cela n'est guère possible que si le domaine public et le domaine privé sont également objets de propriété. Il se peut aussi, c'est la thèse développée par M. Barckhausen, que le rapprochement soit volontaire, qu'il ait été effectué, en connaissance de cause, par un législateur désireux de trancher dans l'art. 538 des questions d'attribution de propriété et ne songeant nullement à bâtir une théorie du domaine public *stricto sensu*. Mais, quelle que soit la solution à laquelle on s'arrête, la présence des lais et relais à côté des rivages, ports, havres et rades, rapprochement qui semble mettre les uns et les autres sur le même pied, n'en constitue pas moins un très sérieux argument en faveur de la propriété de l'État (2).

(1) Cf. *Revue bourguignonne*, 1891, article précité de M. Saleilles et *Revue critique de légis.*, 1884 celui de M. Barckhausen.

(2) Cet argument, il est vrai, perd toute valeur si l'on admet que les lais et relais dépendent du domaine public comme étant non des terrains définitivement abandonnés par la mer, mais des terrains baignés accidentellement. L'art. 41 de la loi du 16 sept. 1807 autoriserait donc des concessions sur une dépendance du domaine public. En ce sens, M. Weiss à son cours, 1895-1896.

Devant le Corps législatif, au moment de la discussion de l'art. 644, l'orateur Gillet proclame le droit de la nation sur les fleuves et rivières navigables ou flottables et, par conséquent, sur l'ensemble de son domaine public. Un décret des 27 septembre-6 octobre 1791, partant de ce principe que nul ne peut se prétendre propriétaire exclusif des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable permettait à tout riverain d'y faire des prises d'eau sous la seule condition qu'elles ne fussent pas nuisibles à la navigation et au bien général. Voici en quels termes Gillet combat les dispositions de ce décret et la critique qu'il leur adresse : « On ne sentait pas assez alors que les choses destinées à l'utilité générale ont un véritable propriétaire qui exclut toute occupation individuelle et privée; ce propriétaire est le domaine public (1). » Dans la pensée de l'orateur, le projet qu'il veut faire voter, projet qui se rattache étroitement à l'art. 538, ne mérite donc pas ce reproche.

Dans les lois qui ont suivi la promulgation du Code, on trouve la même tendance à caractériser la condition des dépendances du domaine public par les mots : biens, propriété, appartenir.

Par le décret du 23 avril 1810, art. 1^{er}, l'État « abandonne en toute propriété aux villes où ils sont situés » les casernes, hôpitaux, manutentions, corps de garde et autres bâtiments militaires.

Le décret du 9 avril 1811 décide que les édifices publics servant aux corps judiciaires et administratifs n'ont pas « cessé d'être la propriété de l'État », mais qu'à l'avenir « la pleine propriété » de ces bâtiments sera concédée

(1) Locré, sur l'art. 644, l. II, t. IV, p. 2, VII, n° 9.

gratuitement aux départements. Il faut remarquer toutefois que l'argument tiré de ce dernier décret et celui que l'on emprunte aux décrets du 23 avril 1810 et du 9 avril 1811 supposent admise la domanialité publique des édifices affectés à un service public.

Le titre I^{er} de la loi du 20 mars 1813 sur « l'aniélation de quelques parties des biens des communes » excepte de la vente les églises, les casernes, les hôtels de ville et autres édifices affectés à des services publics.

Nous avons cité au paragraphe précédent les lois du 20 août 1881 sur les chemins ruraux et du 5 avril 1884, art. 7, sur l'organisation municipale. Ajoutons ici que ce texte est emprunté aux art. 5 et 6 de la loi du 18 juillet 1837.

Mentionnons encore l'art. 110 de cette même loi du 5 avril 1884 qui, parlant des voies d'exécution, pose le principe de la saisissabilité des « biens des communes » mais y déroge pour ceux d'entre eux qui servent à un usage public.

Enfin, on peut invoquer à l'appui et comme complément de ces nombreux arguments de texte des considérations rationnelles que beaucoup d'auteurs jugent absolument décisives. La qualité de dépendance du domaine public n'est pas indélébile ; elle dure tout autant que subsiste la consécration à l'utilité générale mais pas davantage. Apparaissant au moment de l'affectation, elle disparaît dès la désaffectation. Or, avant et après, quelle est donc la situation de la chose ? S'il s'agit d'une dépendance du domaine artificiel, la réponse est facile. Auparavant, elle était un objet de propriété pour la personne administrative et se trouvait comprise dans son domaine privé depuis un temps plus ou moins long ; l'État, le département, la

commune, c'est l'évidence, ne peuvent consacrer à l'usage public que ce qui leur appartient et n'ont le droit d'imposer une pareille destination aux biens des particuliers qu'à la condition de les acquérir, au préalable (1). Presque toujours après, elle retombera au même titre dans le domaine privé de la personne administrative. Faut-il donc admettre que, suivant les circonstances, la propriété apparaît ou disparaît et dire qu'elle a été abdiquée sous réserve éventuelle pour le cas de déclassement? N'est-il pas plus logique que, pendant la période où la chose fait partie du domaine public, le droit de propriété subsiste quoique modifié dans ses effets par la destination reçue? Cette conception, ajoute-t-on, est la plus simple, la plus naturelle, elle se présente la première à l'esprit; dès lors, pour-quoi la repousser? (2).

Il nous paraît difficile de terminer ce rapide exposé sans mentionner brièvement une opinion qui, tout en reconnaissant que les choses publiques sont objets de propriété, refuse celle-ci aux personnes administratives. La valeur du droit reste la même, seul le titulaire est changé. Ce système, qui offre beaucoup de rapports avec le précédent, se rattache étroitement à la théorie allemande de Brinz sur le *Zweckvermögen* ou patrimoine d'affectation, d'après laquelle toute chose frappée d'affectation n'appartient plus à une personne, mais à l'objet même de sa destination, au but pour lequel ce patrimoine est constitué (3). Le savant jurisconsulte est ainsi amené

(1) Cf. *infra*, chap. II, § 4.

(2) V^o Hauriou, *Précis de droit administ.*, 2^e édit., p. 488.

(3) Brinz, *Pandekten*, §§ 60, 61, 127, 128, t. I, et t. III. § 433, notes 4 et 5 et Bekker, *Pandekten*, § 77 (*Beilage*, III), t. I, 1886, p. 335 et 336.

à distinguer deux sortes de patrimoines, ceux qui appartiennent à l'homme et ceux qui lui sont destinés, car le but poursuivi dans l'affectation ne peut être que la satisfaction d'un besoin quelconque de l'homme qui reste également dans les deux cas, soit comme sujet, soit comme objet, le centre de tous les droits.

De ce point de départ, l'auteur de la théorie du *Zweckvermögen* et ses disciples concluent que les choses publiques, qui incontestablement occupent la première place parmi les biens frappés d'une affectation spéciale, ne sauraient appartenir à l'État, aux communes, mais bien à leur destination. On le voit, dans l'esprit de Brinz, le fait de la consécration d'une chose à l'utilité publique, à l'intérêt général, ne saurait faire disparaître le droit de propriété, il se borne à le déplacer. Cela résulte de l'ensemble du système et aussi, à n'en pas douter, de cette circonstance que Brinz range les biens du domaine public national parmi ceux qui dépendent du patrimoine de l'État.

Cette conception séduit par son originalité, elle sera, peut-être, le point de vue de l'avenir, mais il est certain que, dans l'état actuel de notre législation, on ne saurait l'adopter en France (1). Elle suppose, en effet, la négation de toute personnalité civile, or, celle de l'État, des départements et des communes est affirmée par des textes trop nombreux, trop catégoriques, pour qu'on puisse sérieusement la contester.

La thèse de Brinz n'en présente pas moins une impor-

(1) On ne peut admettre davantage que ce soit la conception romaine pour ce même motif et aussi parce que cette théorie est trop savante, trop subtile ; voir notre historique.

tance très réelle au point de vue qui nous occupe comme reflet des idées en cours ; elle nous montre l'idée de propriété prédominant à l'étranger et très largement acceptée par la majorité de ceux qui se sont adonnés à l'étude des matières domaniales.

§ 4. — Discussion.

On doit en convenir, s'il importe absolument de prendre parti dans la controverse à cause des intérêts multiples qui y sont engagés, la solution est en même temps fort délicate ; elle constitue un problème dans lequel la vérité juridique n'apparaît qu'à grand peine. La question ainsi soulevée se présente cependant dans des termes d'une remarquable netteté : il s'agit, en effet, de se prononcer pour ou contre l'idée de propriété. Mais des deux côtés et en faveur de l'une et de l'autre opinion militent les arguments les plus sérieux, des textes qui semblent formels, des considérations d'une incontestable valeur. Les auteurs sont divisés, tant en France qu'à l'étranger, et la jurisprudence n'ayant jamais eu l'occasion de rendre sur cette matière une véritable décision de principe est encore incertaine et flottante. On comprend dans ces conditions que le doute soit possible.

Toutefois, après examen, nous n'hésiterons pas, quant à nous, à accepter le système que nous venons de développer et à considérer les personnes administratives comme réellement propriétaires de leur domaine public. Nous ne croyons pas avoir affaibli et atténué, en les reproduisant, la portée des objections que la majorité des jurisconsultes français oppose à cette thèse et cependant, malgré toute

l'autorité qui s'attache aux opinions des savants auteurs qui les ont formulées, nous devons l'avouer, elles ne nous ont nullement convaincu.

L'idée de propriété, avons-nous vu, peut s'appuyer sur une tradition historique constante qui s'est perpétuée sans interruption de Gaius au Code civil, en s'affirmant tout particulièrement pendant la période intermédiaire. Plusieurs textes législatifs plus récents et déjà mentionnés, prouvent que, depuis cette époque, la situation n'a point changé ; ils proclament de nouveau et de la même manière le droit de l'État, des départements ou des communes sur leur domaine public. Que répond donc la théorie adverse ?

Nous n'avons pas à parler ici du droit romain et de l'ancien droit français, car notre historique a répondu par avance à toutes les objections qui peuvent être faites de ce côté. Nous y avons suffisamment indiqué dans quel sens il faut entendre les formules romaines et montré que la tentative des domanistes français, au XVIII^e siècle, en vue de transformer une partie du domaine de la couronne en domaine de souveraineté n'a jamais obtenu une consécration définitive. Le changement de rédaction dont l'art. 2 du décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 a été l'objet, durant le cours des travaux préparatoires, en reste le témoignage.

On soutient, il est vrai, que le législateur n'a pas su distinguer le domaine public national ou municipal du domaine privé de l'État ou des communes et qu'il a été ainsi amené à attribuer au premier un caractère qui doit être l'apanage exclusif du second. On prétend aussi que les termes « propriété » et « appartenir » ne se réfèrent pas au *dominium* et qu'ils ont été employés dans une tout

autre acception que l'acception technique. En un mot, on fait le procès du législateur de 1804 et du législateur moderne, on n'hésite pas à leur prêter une confusion ou une impropriété de langage, peut-être même les deux à la fois, accusation grave qui ne devrait être portée qu'avec des preuves irréfutables à l'appui.

Nous espérons parvenir bientôt à démontrer que les arguments invoqués par nos adversaires sont loin d'être irrésistibles. Mais, tout d'abord, une remarque préliminaire s'impose : la loi municipale du 5 avril 1884, la loi du 20 août 1881, celle du 10 août 1871 destinée à interpréter le décret du 16 décembre 1811 font usage elles aussi des deux termes incriminés. Est-il vraisemblable qu'à cette date les rédacteurs ne se soient pas rendus exactement compte de la valeur de l'expression par eux employée ? Peut-on supposer qu'ils ignoraient encore la controverse dont la nature du domaine public est l'objet et qu'ils ont copié aveuglément les lois antérieures, sans se douter de la conséquence que l'on ne manquerait pas d'en tirer. Cela semble bien difficile à admettre.

Écartons du débat l'argument de texte que certains auteurs ont voulu puiser dans l'art. 714 du Code civil ; ce n'est, en effet, que par erreur qu'on l'applique au domaine public. Ces choses « qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous » ne sont pas les choses publiques, mais les choses communes, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires du Code civil.

Le projet primitif, par l'art. 713, avait formellement exclu l'occupation des modes d'acquisition de la propriété : l'art. 714 n'existait pas encore. Sur ces entrefaites, la Cour d'appel de Paris fit observer que la règle de l'attribution à l'État des choses sans maître devait comporter

une exception en faveur des choses communes et qu'il serait antijuridique que ces dernières ne pussent être acquises par droit d'occupation conformément aux principes romains. C'est à la suite de ces critiques que la section de législation du Conseil d'État, désireuse de leur donner satisfaction, inséra dans le projet un nouvel article qui est devenu l'art. 714. Il ne saurait donc subsister aucun doute sur l'interprétation qu'il convient de lui donner (1).

Il est inutile d'insister sur ce point (2), car ce n'est pas l'art. 714 du Code civil qui fournit à la théorie adverse ses considérations les plus séduisantes contre le système que nous défendons.

Les partisans de cette théorie placent la question sur le terrain rationnel et concluent après examen : les personnes administratives ne sont pas propriétaires de leur domaine public, les textes parlant de propriété ne se réfèrent pas à un véritable *dominium*, parce qu'il y a incompatibilité entre la domanialité publique et la propriété, contradiction flagrante entre l'idée d'un droit exclusif, absolu et la situation pratiquement faite aux dépendances de ce domaine. L'objection est des plus générales, elle se discute au point vue romain comme au point de vue français et doit être réfutée de la même manière dans les deux législations.

Tout revient à se demander s'il est possible de concevoir un droit de propriété dont les avantages profitent à

(1) V^o en ce sens Ducaurroy, Bonnier et Roustain, n^{os} 379 et 383 ; Wodon, *Traité des choses publiques*, n^o 38 ; M. Hauriou, *Précis de droit administr.*, 2^e édit., p. 488. *Contrà*, Laurent, t. VI, n^o 54.

(2) L'art. 714 n'est même pas invoqué par tous les partisans du système qui nie le droit de propriété des personnes administratives.

d'autres qu'au titulaire et qui ne donne à ce dernier que des charges, si l'esprit peut admettre un *dominium* dépouillé de tous ses attributs et absorbé par une affectation absolue dans son étendue autant qu'illimitée dans sa durée. « La question est nette, mais la réponse ne l'est pas moins car, si l'État n'a aucun profit actuel, il garde l'espérance d'un retour à la propriété privée et cette éventualité est une raison suffisante à donner son prix au droit de propriété et à laisser place pour lui. » (1) La qualité de dépendance du domaine public, on semble trop facilement l'oublier dans l'opinion adverse, ne résulte que d'une destination imposée à la chose, consécration à l'intérêt général en France, à l'usage public à Rome, qui peut être appelée à disparaître un jour par l'effet d'une désaffectation ou d'un déclassement. Que cette éventualité vienne à se produire et la propriété jusqu'alors à l'état latent, paralysée en quelque sorte, recouvre aussitôt la plénitude de son énergie et son efficacité première ; elle redevient conforme à la définition de l'art. 544. La chose ainsi désaffectée perd la qualité de chose publique pour ne dépendre désormais que du domaine privé. Or, il est de la plus haute importance pour les départements et les communes qu'ils soient déjà propriétaires à ce moment ; en effet, leur reconnaît-on un droit préexistant au déclassement, on n'a point à se demander s'il convient de leur abandonner les objets déclassés comme concession de faveur, en guise de compensation aux charges antérieurement supportées, ou s'il n'est pas plus logique de laisser l'État s'en emparer, conformément à l'art. 7 du Code civil sur l'attribution des biens vacants. Le fameux procès rela-

(1) Saleilles, *Le domaine public à Rome*, p. 403, n° 65.

tif aux fortifications de la ville de Bâle a montré dans une question à peu près analogue tout l'intérêt pratique qui pouvait s'attacher à la controverse.

En voilà déjà plus qu'il n'est nécessaire pour établir que les personnes morales administratives n'ont pas un vain titre absolument dépourvu d'utilité pratique. Il serait, d'ailleurs, inexact de croire que, même pendant la durée de l'affectation, le droit de propriété n'offre pas d'autres avantages pour ces dernières. N'est-ce pas, en effet, comme propriétaires que celles-ci s'approprient dans une certaine mesure les profits du tréfonds, mines ou trésors découverts au sein des choses publiques, et la totalité des revenus ou produits utiles qu'elles sont susceptibles de porter, indépendamment des services spéciaux auxquels elles sont destinées ? N'est-ce pas à ce titre que l'État, le département, la commune jouissent du droit d'accession, des droits de voisinage dits servitudes légales et perçoivent des redevances pour concessions ? (1) Nous ne l'ignorons pas, on peut trouver d'autres fondements à ces droits que tout le monde admet aujourd'hui, mais trop souvent à la façon d'un axiome, d'un fait allant de soi, qui n'aurait nul besoin d'être établi. On peut, comme tout-à-l'heure, lorsqu'il s'est agi de l'attribution de la chose elle-même après sa désaffectation, faire intervenir l'idée d'un dédommagement ou bien invoquer ce droit de surintendance, d'administration supérieure et souveraine que l'on ne saurait refuser aux personnes administratives, soit qu'il leur appartienne en propre, soit qu'elles l'exercent en vertu d'un mandat, par délégation de l'État. Tout cela est assu-

(1) V^o Wodon, *Traité des choses publiques*, p. 119 et 120; Hauriou, *op. cit.*, 3^e édit., p. 620, 621 et la note sous cette page.

rement fort acceptable, mais nous croyons notre explication à la fois plus simple et plus complète : elle nous semble même plus conforme à l'esprit général de la législation française, aux principes de la Révolution. Il répugne, à l'heure actuelle, de rattacher à la police le paiement des redevances perçues à l'occasion du domaine ; la fiscalité policière est une conception féodale qu'il serait dangereux de faire revivre.

C'est donc dans l'idée d'un droit domanial qu'il faut chercher l'origine et la justification de toutes les prérogatives que nous venons d'énumérer ; mais en même temps, par une sorte de réciprocité, ces dernières servent de raison d'être à la propriété, en la rendant utile à son titulaire.

Nous en concluons que les partisans de l'opinion adverse exagèrent le caractère absorbant de l'affectation à l'utilité publique ; mais ce caractère n'en est pas moins très réel et le droit de l'État ou des communes apparaît singulièrement mesquin si on le compare à la propriété ordinaire. Il se présente, en effet, comme dépouillé de ses principaux attributs pour une durée indéfinie. Quoi qu'on en ait dit, il n'y a cependant rien d'irrationnel à imaginer une pareille conception, puisqu'en matière immobilière le droit français aussi bien que le droit romain nous fournissent l'exemple d'une propriété ainsi réduite dont personne n'a jamais trouvé la conception irrationnelle. Tel est le cas du propriétaire dont la chose serait grevée d'un droit de superficie ; l'analogie des situations est frappante, à Rome surtout où la superficie constitue un droit réel portant sur la chose d'autrui (1). Tant que subsiste

(1) Cf. sur tous ces points, Saleilles, *Le domaine public à Rome*, p. 401 et 402 et aussi Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, 4^e éd., p. 725.

celui-ci et, de sa nature il est perpétuel, le propriétaire conserve la jouissance des diverses facultés qui appartiennent à tout propriétaire d'un fonds comme maître du dessous, mais pour le reste la propriété demeure paralysée entre ses mains jusqu'au jour où, pour une cause quelconque, l'obstacle apporté à son exercice vient à être levé. C'est exactement ce qui se passe à l'égard des choses publiques. Les droits que conservent les personnes administratives sont, en réalité, tout aussi étendus que ceux de ce propriétaire, car, si celui-ci peut disposer du tréfonds, tandis qu'elles ne peuvent se dessaisir, il faut remarquer que la mise hors du commerce du domaine est, dans une certaine mesure, potestative, puisqu'elle disparaît avec sa destination.

Il est, d'ailleurs, inexact que l'usage public ne laisse place pour aucun droit distinct au profit de qui que ce soit. Les faits démentent cette affirmation et il y a un cas où, de l'avis de tous, l'affectation à l'utilité publique laisse intacte la propriété. Nous faisons allusion à l'hypothèse où une chose appartenant à un particulier recevrait cette destination, hypothèse qui se présente surtout pour l'affectation à un service administratif, mais qui peut aussi se présenter pour l'affectation à l'usage public, si le propriétaire y consent. Certes, la situation est un peu différente, la chose ainsi affectée n'est pas indisponible, « elle ne fait pas partie du domaine public quant à son usage » (on trouve cependant une solution contraire dans un jugement rendu en Belgique qui nous paraît en opposition avec les principes) (1); nous n'en avons pas moins le droit d'y puiser un argument d'analogie qui a sa valeur.

(1) Tribunal de Nivelles, 16 février 1887 (J. T., p. 336).

Nous ne nous déclarons pas convaincus davantage par l'objection que nos adversaires tirent du rapprochement des art. 538 et 544. Le premier de ces textes, pour définir d'un mot les choses publiques, les qualifie de « choses non susceptibles de propriété privée ». Le second laisse entendre que, sous l'empire de la législation de 1804, il ne saurait y avoir qu'une seule espèce de propriété, la propriété privée dont il indique en même temps les éléments constitutifs. De la combinaison des deux articles, il résulte, dit-on, qu'il n'y a lieu d'établir aucune distinction entre les particuliers et les personnes administratives, que personne, pas même l'État, les départements ou les communes, ne peut se prétendre propriétaire des dépendances du domaine public. Peu importe que les termes employés par l'art. 538 aient pu revêtir une autre acception dans la loi des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, on n'en doit pas moins s'incliner devant un texte aussi précis, aussi limpide que l'art. 544, un texte qui témoigne si nettement que le législateur, au moment où il a rédigé sa définition du domaine public, considérait ce dernier comme composé de « *res nullius* ».

Ce raisonnement ne saurait nous satisfaire; nous croyons fermement que l'art. 544 est loin d'avoir le sens qu'on lui prête. S'il n'indique, s'il ne semble supposer qu'une seule sorte de propriété, réunion de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, c'est parce que, comme le Code de 1804 tout entier, il se place uniquement au point de vue du droit civil, des relations de droit privé, et que, sous ce rapport, la disparition des derniers vestiges de la période féodale a amené l'unification de la propriété. L'art. 544 a été écrit pour les choses qui, à la différence de celles énumérées dans l'art. 538, sont susceptibles de propriété

privée ; il demeure étranger aux matières administratives et ne prétend pas déterminer, même de manière indirecte, la nature du droit de l'État sur son domaine public. Les travaux préparatoires témoignent à cet égard de l'intention du législateur et les déclarations faites lors des débats sont pleinement concordantes. Nous avons rapporté, au début de ce chapitre, les paroles prononcées par le tribun Goupil-Préfeln, empruntons maintenant à Treilhard un nouvel et dernier argument : « Les biens compris dans cette dernière classe (biens susceptibles de propriété privée), a dit l'éminent jurisconsulte à propos de l'art. 538, sont les seuls dont le Code civil doive s'occuper ; les autres sont du ressort ou d'un Code de droit public ou de lois administratives et l'on n'a dû en faire mention que pour annoncer qu'ils étaient soumis à des lois particulières » (1).

Du silence gardé par l'art. 544 sur la propriété de droit public, on ne saurait donc tirer aucune conclusion contre l'existence de cette dernière. Ce texte ne la mentionne pas, parce qu'il n'a point à en parler, parce qu'elle reste en dehors de sa sphère d'application. En un mot, il n'ajoute rien à l'art. 538 et, par conséquent, ne peut être invoqué dans la discussion.

Or, quelqu'un a-t-il jamais soutenu que l'État, les départements et les communes possédaient leur domaine public de la même manière et avec les mêmes pouvoirs que leur domaine privé ? Évidemment non. On n'a point songé à assimiler, contre toute évidence, en faisant table rase des art. 538 et 2226, leur droit sur les choses publiques « *stricto sensu* » au droit qu'ils peuvent revendiquer sur

(1) Locré, liv. II, titre I, part. II, nos 48 et 49.

ceux de leurs biens qui sont uniquement destinés à produire des revenus et n'ont qu'une valeur purement patrimoniale. L'un est le *dominium* du droit commun, la propriété selon la formule de l'art. 544, et l'autre la propriété publique, ce qui est fort différent. Sans doute, il faut se garder d'exagérer la distance qui les sépare, ne pas en faire une antinomie, ainsi que le voudraient certains auteurs, puisque la seconde, malgré tout, conserve plusieurs des effets de la première ; elle n'en est pas moins très apparente. La propriété publique reste une véritable propriété, mais profondément modifiée par la destination de la chose à l'utilité générale.

Les administrations publiques usent pour la garde et la protection des dépendances du domaine de prérogatives qui sont exorbitantes du droit commun de la propriété, telles que les droits de délimitation et d'alignement, les droits de police de la grande et de la petite voirie. D'autre part, on l'a vu, des trois attributs qui constituent le « *dominium* », il n'en est pas un seul qui demeure intact ; l'*abusus* disparaît à peu près complètement, l'*usus* et le *fructus* sont singulièrement restreints. Quoique propriétaires, les personnes morales publiques ont les mains liées et ne peuvent disposer de leur domaine public, tant que, ce dernier n'a pas changé de nature ; il semble même que jusque là, leur droit de propriété n'ait pour but et pour résultat que de mieux assurer la consécration de ce domaine à l'utilité générale.

De plus, l'État, les départements, les communes et les colonies ont une personnalité à double face ; une personnalité privée qui leur donne la jouissance des droits privés dont peut bénéficier une personne morale et, sauf cette limitation, ne diffère pas de celle des particuliers et

une autre de puissance publique à laquelle se rattachent leurs droits de puissance publique et toutes leurs prérogatives qui dépassent le droit commun. Ces personnes administratives sont envisagées sous le second aspect, quand on leur attribue la propriété du domaine public. Voici, d'ailleurs, en quels termes M. Saleilles s'exprime sur ce sujet, nous ne pourrions dire aussi bien : « Cette propriété n'est à aucun titre une propriété privée, car non seulement elle ne laisse plus subsister aucun des éléments de l'art. 544, mais elle n'appartient plus à l'État considéré comme personne du droit privé, susceptible d'avoir un patrimoine de valeur pécuniaire. Elle appartient à l'État considéré comme représentant la généralité du public, défenseur des droits du public et organe de la police » (1). Cela est fort intéressant à constater, car cela explique, au point de vue théorique, pourquoi le soin de pourvoir à la conservation des choses publiques du domaine national est dévolu aux services chargés du maniement de la puissance publique plutôt qu'aux services purement fiscaux, comme la régie de l'enregistrement, des domaines et du timbre.

Une question délicate reste à résoudre : on doit se demander d'où résulte la limitation apportée aux pouvoirs de l'État, des départements, des communes ou des colonies, en quoi elle consiste. Ces personnes morales n'ont qu'une propriété incomplète et démembrée ; serait-ce l'effet d'une servitude ? Nous ne le croyons pas. Qu'il s'agisse d'une

(1) Note de M. Saleilles sous un arrêt de la cour de Lyon en date du 10 juillet 1894 (S. 1895. 2. 184 et suiv.). Cf. aussi sur le même sujet Hauriou, *Précis de droit administr.*, 3e éd., p. 243, 323 à 328. et 624; Wodon, *Traité des choses publiques*, p. 126.

affectation à un service public ou à l'usage public, peu importe, c'est toujours une obligation purement objective qui pèse sur la chose et grève le droit du propriétaire ; dans les deux cas, les restrictions apportées à l'exercice de la propriété ont leur source dans la destination même à laquelle le domaine public est assujetti, destination qu'il conserve, nous le savons, tant qu'il n'a pas été procédé à une désaffectation ou à un changement régulier d'affectation. Elles existent seulement au point de vue passif, elles se présentent sous forme de limitation imposée et déterminée par l'objet auquel la chose se trouve consacrée, sans constituer au profit de personne un droit véritable, une servitude, au sens technique du mot. Il en est ainsi, nous allons essayer de l'établir, même des choses qui sont abandonnées à la jouissance directe et immédiate du public, telles que les routes, les fleuves et rivières navigables, les ports, etc. (1).

Tout droit quelconque, réel ou personnel, ne peut se concevoir sans un sujet nettement déterminé ou susceptible de l'être, en l'absence duquel il ne saurait exister ; c'est là une solution rationnelle que le plus simple bon sens comme l'analyse juridique nous semblent commander de façon impérieuse. Pour qu'on fût autorisé à qualifier de servitude la restriction résultant de l'usage public, il faudrait, par conséquent, qu'elle satisfasse à la règle commune ; or, il n'est pas besoin d'un examen approfondi

(1) Ces idées ont été développées en Allemagne par Bekker, *op. cit.*, p. 335-336 et admises dans une certaine mesure par Eisele, *Ueber das rechtsverhältniss der res publicæ in publico usu*, II, p. 23-24 et suiv. ; voir Saleilles, *op. cit.*, p. 105 et Wodon, *id.*, nos 143, 174, 205-214.

pour s'apercevoir que cette condition fait absolument défaut. Quel pourrait bien en être le titulaire ? Ceux qui useront de la chose pris individuellement ; mais ils sont indéterminés, on ne saurait à l'avance ni les désigner, ni les définir ; ils ne comptent donc pas au point de vue juridique. Le public envisagé dans son ensemble « *in globo* » ; nous avons déjà eu l'occasion de le dire en exposant le système de M. de Ihéring, c'est une masse également indéterminée et indéterminable qui ne peut, en aucune manière, être le sujet d'un droit quel qu'il soit, propriété, servitude ou droit d'usage, parce qu'elle ne constitue pas un être de raison doué de la personnalité civile et susceptible par lui-même d'être pris en considération. Comme l'a fort judicieusement fait observer le procureur général Leclercq devant la Cour de cassation de Belgique, « le public, c'est tout le monde, ce sont tous ceux qui, en dehors du corps de l'État, usent des choses du domaine public ; mais, entre chaque individualité et les droits qui s'y rattachent, d'une part, et la personne civile de l'État, d'autre part, il n'y a point place pour une troisième personne représentant le public, représentant ce qu'on appelle tout le monde, et capable d'acquérir, de posséder et d'exercer des droits civils. Il faut choisir entre l'individu et l'État » (1).

En résumé, pour condenser notre pensée en une formule plus nette et plus concise, nous dirons que la propriété publique n'est pas un *dominium* démembré, mais qu'elle constitue une sorte de propriété dont l'étendue, les avantages et les facultés sont étroitement définis et limités par le but auquel tendent les choses qui en sont l'objet.

(1) V^o Pas. B., 1883, I. 243.

Tel est le système auquel vont nos préférences, telle est dans ses grandes lignes la thèse à laquelle nous croyons devoir nous rallier. Hâtons-nous de constater que notre opinion est loin d'être isolée. Depuis quelques années, il semble qu'il se produise en France comme un revirement, qu'il s'opère une sorte d'évolution lente, à coup sûr, mais incontestable; la théorie de Proudhon longtemps la plus répandue, longtemps dominante, commence à subir une éclipse et la doctrine contraire, celle que nous venons d'exposer, gagne tout le terrain perdu par l'autre.

Même en ne se plaçant pas au point de vue juridique qui est si favorable à notre manière de voir et en se contentant d'envisager la question au point de vue utilitaire, il est surprenant que ce résultat ait autant tardé à se dessiner. On ne pouvait qu'être impressionné, soit en doctrine, soit surtout en jurisprudence, par les avantages pratiques d'un système qui seul explique d'une façon satisfaisante pourquoi l'État, les départements, les communes peuvent faire des concessions administratives sur les dépendances de leur domaine public, à quel titre ces personnes morales sont propriétaires des richesses minérales enfouies dans le tréfonds et de la moitié du trésor découvert en un lieu public.

Notre système compte déjà parmi ses adhérents des autorités de tout premier ordre, MM. Hauriou, Saleilles et Wodon, auxquels nous avons fait ne nombreux emprunts. Il est également professé par M. Barckhausen qui admet, en ce qui concerne notre droit moderne, les mêmes conclusions que nous lui avons vu adopter, pour le droit intermédiaire, par M. Pardessus et par bien d'autres jurisconsultes que nous pourrions ajouter à cette énumé-

ration (1) . En un mot, si ses partisans ne sont pas encore en majorité à l'heure actuelle, ils forment une minorité fort imposante dont le nombre va s'accroissant sans cesse.

Une constatation, à cet égard, nous paraît caractéristique, aussi probante que les meilleurs raisonnements : la plupart des auteurs qui prétendent que les choses publiques *stricto sensu* constituent des *res nullius* non susceptibles de possession et de propriété reconnaissent presque aussitôt que l'État, les départements et les communes intentent valablement des actions possessoires à l'occasion de ces choses, reculant ainsi devant la première conséquence de leur théorie pour ne pas entrer en lutte ouverte avec la jurisprudence. Seuls, en effet, ou à peu près, M. de Récy dans son *Traité du domaine public* (2) et M. Weiss dans son Cours sur la domanialité publique répudient toute compromission avec le système que nous défendons et ne donnent aucune prise à la critique. Les autres, au contraire, nous semblent en contradiction manifeste avec leur point de départ, avec la définition qu'ils donnent du domaine. N'y a-t-il pas lieu de croire qu'entraînés par le mouvement qui se dessine autour d'eux, ils finiront par abandonner un système dans lequel on est exposé, à chaque instant, à voir l'intérêt général en conflit avec la logique ?

La doctrine française, en se ralliant de plus en plus à l'idée d'un droit de propriété portant au profit des personnes morales administratives sur les dépendances de leur domaine public, ne fera que marcher sur les traces de la jurisprudence. Ici encore, celle-ci a indiqué la route à suivre et déblayé la voie ; les cours et tribunaux, dans

(1) V^o Pardessus, *Servitudes*, nos 33 et suiv., n^o 47.

(2) V^o De Récy, *Traité du domaine*, nos 616 à 620.

leurs arrêts les plus récents, affirment le « *dominium* » de l'État ou des communes et tirent de là des conséquences pratiques. Les décisions de ce genre sont à coup sûr trop nombreuses pour qu'on puisse songer à les énumérer; bornons-nous à faire connaître les plus saillantes.

Une de celles qui méritent le mieux d'être citées est assurément l'arrêt de la Chambre des requêtes à la Cour de cassation, en date du 4 décembre 1889 ; on lit, en effet, parmi les considérants de la Cour suprême la déclaration suivante : « Attendu que toutes les parties du domaine communal, qu'elles dépendent du domaine privé ou du domaine public municipal n'en sont pas moins, sauf la différence existant dans le régime administratif, la propriété des communes... que, lorsqu'elles cessent d'être affectées à un service public, elles continuent à leur appartenir avec une plus entière et plus libre disposition » (1). Même langage dans un arrêt du 11 juillet 1892, où cette même Cour reconnaît aux communes le droit d'intenter devant les tribunaux civils une action civile contre ceux qui se sont rendus coupables d'entreprises ou de dégradations sur les chemins vicinaux ou ruraux : « Attendu qu'une telle action est fondée sur l'atteinte portée à la propriété immobilière de la demanderesse..., la commune demanderesse n'en ayant pas moins sur ces chemins tous les droits attachés à la propriété foncière » (2).

D'autres arrêts, en apparence moins catégoriques que les deux premiers, car ils ne prononcent pas en propres termes le mot de « propriété », impliquent cependant l'idée que les choses publiques sont objets de possession et de

(1) *Pand. Fr.*, 1890. I. 295.

(2) V° *Revue générale d'administration*, 1892, t. III, p. 445.

propriété. A défaut du mot, on y trouve la chose, à défaut du principe qu'ils négligent de poser, ils admettent les conséquences logiques de ce même principe. C'est ainsi que la Cour de Dijon constate, à la date du 5 février 1891, « que la ville de Mâcon avait le droit de revendiquer les miniatures litigieuses qui paraissent avoir fait partie de son domaine public ». L'arrêt de la Cour de cassation intervenu sur cette affaire, le 17 juin 1860, est conçu en termes analogues (1) : « Attendu que les objets mobiliers qui font partie du domaine public... peuvent être l'objet d'une revendication perpétuelle ».

A cet ordre d'idées, se rattachent les décisions de la jurisprudence civile aux termes desquelles l'administration peut agir au possessoire pour réprimer les empiètements commis sur les dépendances du domaine public (2). Il en est de même de tous les jugements et des arrêts qui, dans certains cas un peu spéciaux, accordent la même faculté à de simples particuliers : à ceux qui se plaignent d'être troublés dans l'exercice de l'usage collectif d'un chemin et à ceux qui ont obtenu sur le domaine une concession précaire, par exemple une concession d'eau de pluie (3).

N'est-ce pas parce que les chemins de fer et les routes nationales, départementales ou autres sont objets de propriété et constituent un fonds, selon l'art. 536 du Code civil, que les alluvions déposées par un cours d'eau limi-

(1) *Pand. Fr.*, 1897. 1. 317.

(2) Cass., 20 nov. 1877, S. 78. 1. 64; ch. req., 6 mars 1878, S. 79. 1. 43.

(3) Cass., 25 mars 1857, S. 58. 1. 453. Cass., 12 juin 1880, S. 82. 1. 140. Cass., 21 mars 1876, S. 76. 1. 359. 5 juin 1881, S. 83. 1. 411, etc.

trophe profitent à la personne morale propriétaire de cette route ou de ce chemin de fer ? Les tribunaux ne le disent pas expressément, cela est vrai ; on peut expliquer leurs décisions, ainsi que l'a fait M. de Récy, en supposant que, tout le long du chemin, une bande de terrain est restée à l'état de propriété privée pour servir d'amorce à l'accession, mais sur quoi repose cette hypothèse ? (1).

Le Conseil d'État, de son côté, ne se montre pas moins catégorique que la Cour suprême et que les Cours d'appel. Voici, en effet, de quelle manière est motivé un avis du 22 juillet 1858 rapporté par M. Ducrocq : « Considérant qu'en règle générale les terrains dépendant des routes impériales appartiennent à l'État comme ceux dépendant des routes départementales appartiennent aux départements (2) ». De ce principe, le Conseil d'État tire quelques conséquences qui montrent bien qu'il s'est rendu compte de la portée de l'affirmation contenue au texte et c'est assurément à ce même principe qu'il entend se référer dans plusieurs de ses arrêts. Ne décide-t-il pas que les voies publiques doivent participer comme les propriétés privées aux dépenses occasionnées par les travaux d'endiguement et de curage des cours d'eau dont elles sont riveraines ? (3)

(1) V^o de Récy, *op. cit.*, t. I, p. 473, n^o 624 ; v^o parmi les arrêts Cass., 16 février 1836, S. 36. 1. 403 et Cass., 9 déc., 1893.

(2) V^o Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^e éd., t. II, n^o 1358.

(3) Conseil d'État, 23 janvier 1885, *commune de Sémussac* : 8 août 1888, *syndicat des vidanges d'Arles*.

CHAPITRE II

CRITÉRIUM DE LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

Il résulte de tout ce qui a été dit jusqu'ici relativement à la nature du domaine public qu'on peut définir celui-ci : l'ensemble des choses qui répugnent à la propriété privée et sont l'objet d'une propriété publique. La domanialité publique, en effet, commence au point précis où finit la sphère d'application de l'art. 544, où l'art. 538 supprime l'art. 544, où il n'est plus laissé de place aux éléments et aux conceptions qu'implique ce dernier article. Elle est donc produite par un concours de circonstances qui mettent une dépendance du domaine national, départemental ou communal dans une situation incompatible avec la propriété privée.

Rechercher le critérium de la domanialité publique, le signe caractéristique et révélateur au moyen duquel on pourra en déterminer les limites exactes, revient, en définitive, à se demander quelles sont ces circonstances. Nous jugeons inutile de nous attarder à mettre en lumière l'intérêt qui s'attache à l'étude de ce point spécial, car il se manifeste d'une manière trop évidente pour qu'il soit besoin d'insister. Il ne s'agit de rien moins que de fixer, d'après des bases rationnelles, les principes qui président à la composition du domaine public, de décider pour

quelle catégorie de choses on peut revendiquer la protection particulière dont il est l'objet, le bénéfice de l'inaliénabilité, de l'imprescriptibilité. On voit immédiatement toute l'importance de la question.

Nulle part, le législateur n'a songé à fournir une énumération complète des choses publiques; il faut, d'ailleurs, convenir qu'un pareil travail présenterait des avantages pratiques peu appréciables et pourrait même offrir des inconvénients. Les besoins auxquels le domaine public est destiné sont excessivement variables; ils changent, suivant les époques, avec l'état des mœurs et les progrès de la civilisation, aussi le législateur ne doit-il jamais considérer la liste des dépendances de ce domaine comme définitivement close. Il faut donc s'attendre à ne trouver dans nos lois françaises que l'énoncé d'un principe régulateur de classement et un petit nombre d'exemples qui, en faisant ressortir la pensée du législateur, permettront à l'interprète et au juge de se prononcer dans chaque espèce et à l'égard de chaque catégorie d'objets par voie d'analogie. Cette méthode est certainement la plus simple, la plus sûre; tout le monde s'accorde à reconnaître que c'est bien celle qui a été suivie. La doctrine est unanime en ce sens. Quant à la jurisprudence, elle a eu plusieurs fois, depuis un demi-siècle, l'occasion de proclamer qu'aucun doute n'est possible devant la dernière partie de l'art. 538. Un arrêt de la Cour de Lyon, en date du 10 juillet 1894, renferme à ce sujet des considérants d'une précision et d'une exactitude qui méritent d'être signalées : « Considérant, y est-il dit, que l'énumération des dépendances du domaine public, faite par les art. 538 et 540 du Code civil, n'est point limitative, mais seulement énonciative, qu'elle doit être complétée à l'aide du critérium

cherché dans un caractère commun à toutes les choses énumérées par la loi » (1).

Quoi qu'il en soit, il ne faut cependant comprendre parmi les choses publiques que celles qui ont été placées positivement par la loi dans cette catégorie, soit par l'effet d'une disposition expresse, soit par une disposition présentant un caractère de généralité. La mise hors du commerce, l'indisponibilité, l'insaisissabilité dérogent au droit commun de la propriété; ce sont des situations absolument anormales et exceptionnelles qui, par suite, ne peuvent avoir d'autre fondement juridique que la volonté nettement exprimée du législateur. C'est donc de la loi et de la loi seule que doit être dégagé le critérium que nous cherchons.

Elle le renferme, cela est certain, mais il n'y apparaît malheureusement pas avec toute la netteté désirable. Le Code de droit public auquel songeait déjà le législateur de 1804 n'a point été rédigé; seul le Code civil comprend quelques articles ayant trait au domaine, un petit nombre de textes où, faute de mieux, nous devons puiser un critérium que, dans la pensée de leurs rédacteurs, ils n'étaient certainement pas appelés à fournir. Nous l'avons dit, le législateur dans les articles 538 et 540 songeait, avant tout, à trancher des questions de propriété, réservant pour une autre époque la réglementation complète des choses publiques. Aussi les controverses sont-elles très vives entre les auteurs qui s'efforcent de pénétrer la pensée de la loi; divers systèmes ont été mis en avant et se partagent les suffrages de la doctrine, systèmes entre lesquels on découvre un abîme, puisque l'existence d'un

(1) S. 1895. 2. 185 et la note.

domaine public mobilier et d'un domaine public monumental dépend de la solution adoptée. Il s'agit de savoir, tel est le principal intérêt du problème, si, en l'absence de toute disposition spéciale et par la seule application des principes généraux, des meubles, des édifices publics peuvent être rangés parmi les choses publiques et, dans le cas de l'affirmative, quels sont ces meubles, quels sont ces édifices. Nous entrons donc maintenant dans le cœur de notre sujet.

Nous allons consacrer un paragraphe différent à l'étude de chacune de ces théories, les discuter et les conclure.

§ 1^{er}. — Système de M. Ducrocq.

M. Ducrocq part de cette idée qu'une chose ne peut faire partie du domaine public, être inaliénable, imprescriptible, que si un texte législatif, général ou spécial, lui imprime ce caractère (1). Cela n'est pas discutable ; chacun admet, nous l'avons vu, que la domanialité publique a sa source dans la loi et doit être interprétée restrictivement. Tout le monde reconnaît aussi, avec l'éminent maître, qu'il est inutile de se consumer en vaines recherches pour trouver un critérium facilement applicable et à dégager la pensée du législateur en ces matières. Les art. 538 et 540 du Code civil constituent le siège de la matière ; ce sont les seuls où l'on puisse avoir quelques chances de découvrir une disposition générale indiquant

(1) M. Ducrocq développe ses opinions sur ce sujet dans son *Traité des édifices publics*, p. 46 et suiv., dans son *Cours de droit administratif*, 6^e éd., p. 109, dans le *Traité des ventes domaniales* p. 14 et 177 à 193.

les caractères constitutifs de la domanialité. En un mot, les difficultés ne commencent et la théorie proposée et développée par M. Ducrocq dans ses ouvrages ne diffère des autres qu'à partir de l'instant où il s'agit de passer à l'analyse des textes et de descendre aux applications pratiques. Cette théorie existait, sans doute, à l'état embryonnaire avant l'apparition du *Traité des édifices publics* ; mais elle y a trouvé pour la première fois avec des développements nouveaux, une formule scientifique et raisonnée. La paternité du système revient donc à M. Ducrocq.

D'après le savant professeur, l'énumération fournie par l'art. 540 est strictement limitative et l'on n'y peut rien ajouter par voie d'analogie, mais seulement en vertu d'un texte formel, comme l'art. 12 du Concordat relatif aux églises du culte catholique. Ce n'est donc pas dans cet article qu'il faut chercher le critérium de la domanialité, critérium qui, par suite, doit se trouver exclusivement enfermé dans l'art. 538.

Or, que comprend ce texte ? Deux parties distinctes, mais inséparables et s'interprétant l'une par l'autre. La première contient l'énumération des principales dépendances du domaine public lors de la rédaction du Code civil ; la seconde constate le caractère purement énonciatif de cette énumération et procède par voie de disposition générale. Elle résume les conditions auxquelles est subordonnée la qualité de dépendance du domaine public par ces mots : « Et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles de propriété privée ». Ces deux parties d'un même article sont le complément l'une de l'autre : les exemples servent à expliquer la règle, la précisent et en limitent le sens et la portée. Les caractères constitutifs de la domanialité doivent donc

être déduits de l'ensemble du texte, d'une combinaison des éléments qui le composent.

Il résulte de ce travail d'analyse, dit en substance M. Ducrocq, que pour faire partie du domaine public, en l'absence de toute disposition de loi spéciale, une chose doit remplir trois conditions :

I^{re}. — Être non susceptible de propriété privée par sa nature physique (1). Les choses publiques échappent, en effet, à l'appropriation privée à cause de leur état physique actuel et se distinguent par là de celles qui ne répugnent pas à la propriété. La domanialité publique n'est pas, par conséquent, une pure création juridique ; elle a sa cause efficiente et génératrice non dans un acte officiel de classement ou d'affectation, œuvre de l'autorité administrative, mais dans des faits matériels, dans un caractère naturel des choses. L'unique mission de l'administration consiste à reconnaître et à constater partout où elles existent les circonstances auxquelles la loi attache la domanialité ; en principe, l'acte officiel reste impuissant à créer des choses publiques, car il est déclaratif et non pas attributif de cette qualité.

M. Ducrocq donne comme preuve de ce qu'il avance la composition même de la partie énonciative de l'art. 538, le soin apporté par le législateur à ne citer que des choses présentant une inaptitude physique à la propriété : les fleuves et les rivières navigables ou flottables, les rivages de la mer, les ports, les havres, les rades et les routes à la charge de l'État. Ces dernières, en effet, ne font partie du domaine public que du jour où elles sont livrées à la circulation, du jour où elles existent réellement comme

(1) En ce sens arrêt de la Cour de Paris du 18 févr. 1854 dans le journal *le Droit* du 25 févr. 1854.

voies de communication ; or, à partir de ce moment, il est aussi difficile de concevoir une appropriation privée de ces routes, de ces chemins que d'imaginer l'appropriation d'une voie de communication, d'un fleuve par exemple.

Un dernier argument est fourni par les travaux préparatoires, par le rapport présenté au Corps législatif au nom du Tribunat par Goupil-Préfeln. On y trouve, le passage suivant : « Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les lais et relais de la mer, les ports, les havres et rades, les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et des forteresses sont, par leur nature, des dépendances nécessaires du domaine public » (1). Ces paroles constituent le meilleur commentaire de l'art. 538 : plus précises que la disposition générale qui le termine, elles l'expliquent utilement en faisant disparaître les derniers doutes.

2°. — Être une portion du territoire français, c'est-à-dire consister en une portion du sol, nue de constructions ou sur laquelle des constructions ne se trouvent qu'à titre d'accessoires. Cette exigence est commandée par la combinaison des deux parties de l'article, par le rapprochement qu'il faut établir entre les caractères communs aux choses énumérées par lui et les conditions impliquées par la formule finale. Les mots « portion du territoire français » sont écrits dans le texte et, d'autre part, il ressort des exemples présentés par le législateur que cette expression doit être entendue à la lettre, qu'elle doit être prise dans son sens normal.

3°. — Être affectée à l'usage public, c'est-à-dire être

(1) V^o Fenet, t. XI, p. 538. Les lais, relais, murs, remparts et fossés ne seraient donc nommés dans ce passage que par suite d'une confusion.

livrée directement, immédiatement, sans intermédiaire, à la jouissance des nationaux et même des étrangers. Ce caractère se retrouve également chez toutes les dépendances du domaine public citées dans l'art. 538, il est commun aux rivières navigables ou flottables, aux rivages de la mer, aux ports et aux chemins publics. Dès lors, n'est-il pas logique d'induire de cette circonstance que le législateur a entendu, dans sa disposition générale, ne désigner que des choses soumises à une pareille destination.

Telles sont dans la théorie présentée par M. Ducrocq les conditions constitutives de la domanialité publique, tel est l'unique critérium, le seul signe auquel on puisse la reconnaître. Toute chose qui réunit en elle ces trois caractères doit être ajoutée à la liste de l'art. 538 et considérée comme chose publique; mais, à l'inverse, si elle ne les présente point, il faut l'exclure de la sphère d'application de cet article.

Comme conséquence nécessaire de ce système, les meubles et les édifices publics ne peuvent faire partie du domaine public qu'en vertu d'un texte spécial et formel qui les y range expressément. Il n'y a donc, en principe, ni domaine public mobilier, ni domaine public monumental. Nous allons laisser de côté ce qui est relatif au premier pour nous occuper exclusivement du second.

La théorie de M. Ducrocq, refuse, disons-nous, aux édifices publics le bénéfice de la domanialité, parce qu'ils ne remplissent aucune des trois conditions que nous venons d'énumérer. Ils sont par nature susceptibles d'appropriation privée, ayant le même aspect, le même état, la même nature physique avant et après l'affectation; le plus souvent, aucun signe extérieur ne les différencie des de-

meures particulières qui les environnent. Ces édifices répondent moins encore à l'expression « toutes les portions du territoire français » et ne sont pas englobés dans cette formule, à moins que pour les besoins de la cause on ne consente à forcer le sens ordinaire des mots. Enfin, pour la plupart, ils ne remplissent pas plus la troisième condition que les précédentes. Au lieu d'être affectés à l'usage du public, ils sont, en général, consacrés à de simples services administratifs, ce qui, dans le silence de l'art. 538, est absolument insuffisant pour emporter la domanialité publique.

Il peut cependant exister, selon M. Ducrocq, des bâtiments affectés à la fois à un service et à un usage publics; les églises, par exemple, sont dans ce cas. Chacun en a la libre jouissance, la jouissance matérielle, tout le monde sans distinction de croyance y a accès; on s'en sert, on en jouit de la même manière qu'on jouit d'une route. Néanmoins cette circonstance ne permet pas, par elle seule, de les ranger dans le domaine public, car les deux autres conditions exigées par l'art. 538 leur font défaut comme à tous les édifices publics.

Les édifices nationaux, départementaux et municipaux affectés à un service public font partie du domaine privé de l'État, des départements ou des communes; leur condition juridique n'est donc aucunement modifiée par le fait de l'affectation. Cette dernière ne change pas la nature des immeubles sur lesquels elle porte, parce qu'elle ne constitue qu'un mode particulier de jouissance, un mode d'emploi de la fortune publique au même titre que la location. Or, il ne serait point logique qu'un simple mode de jouissance pût produire une transformation aussi radicale que le passage d'une chose du domaine privé dans le do-

maine public. C'est, d'ailleurs, le législateur lui-même qui a rapproché la location et l'affectation et donné à entendre que toutes deux devaient produire des effets analogues : l'art. 1^{er} de la loi du 5 novembre 1790 décide, en effet, que l'administration est tenue d'affermir, dans le plus bref délai, tous les immeubles du domaine de l'État qui ne sont pas encore affectés à un service public (1).

Dans la théorie de M. Ducrocq, l'art. 540 n'est à l'opposé de l'art. 538 qu'une disposition spéciale, exceptionnelle et, par conséquent, de droit étroit, écrite par le législateur dans le but de conférer la domanialité publique à tout un groupe d'édifices qui méritent cette faveur particulière par suite de l'importance du service auquel ils sont affectés : « Celui de la défense du sol et de la nationalité. » Ainsi compris, l'art. 540 a vraiment sa raison d'être et sa nécessité ; il apporte une dérogation à la règle contenue dans l'art. 538 et, par cela même, il la confirme. Mais, si l'on admet que les édifices publics font déjà partie du domaine public en vertu des principes généraux, l'art. 540 ne constitue plus qu'une superfétation, qu'une inutilité ; des deux textes renfermant toute la réglementation du domaine public, l'un d'eux va donc se trouver dépourvu de portée, sans objet. Est-ce vraisemblable ?

Ce n'est point la seule exception apportée par un texte spécial au critérium de l'art. 538 ; une autre dérogation résulte de l'art. 12 du Concordat de 1801 devenu loi de l'État par la promulgation qu'en fait la loi du 18 germinal an X qui, sans placer directement les églises dans le domaine public, les met hors du commerce et les dote ainsi des divers privilèges formant l'apanage de la domanialité

(1) V^o Ducrocq, *Traité des édifices publics*, p. 117.

publique. D'après ce texte : « Les églises métropolitaines, cathédrales et autres non aliénées nécessaires au culte, seront remises à la disposition des évêques » ; n'est-ce point leur restituer implicitement l'équivalent de la situation particulière dont elles jouissaient sous l'empire de notre ancienne jurisprudence.

A l'inverse, on ne saurait revendiquer pour les cimetières le bénéfice de la domanialité publique, parce qu'aucune disposition législative ne le leur confère et que, d'autre part, ils échappent au cercle d'application de l'art. 538. Ce sont, sans doute, des terrains découverts, mais ils sont parfaitement susceptibles d'une appropriation privée et ne présentent dans leur destination même rien d'antipathique à l'exercice du droit de propriété.

M. Ducrocq développe plus particulièrement sa théorie à l'occasion des édifices publics, aussi multiplie-t-il les arguments tendant à justifier le classement qu'il en fait ; c'est fortifier le raisonnement qui lui a servi de base.

L'auteur du *Traité des édifices publics* invoque à l'appui de ses conclusions les lois administratives qui règlent l'affectation d'un immeuble domanial à un service public. En cette matière, dit-il, la législation a subi de fréquentes modifications ; mais, à travers tous ces changements de régime, l'affectation d'un immeuble à un service d'intérêt général n'a jamais été considérée comme pouvant changer la nature et la condition légales de l'immeuble. Elle apparaît toujours, au contraire, « comme un mode d'emploi de la fortune publique », ainsi que le constate le rapport sur la loi de finance du 18 mai 1850. — Le décret législatif du 24 mars 1852 est encore plus explicite : « Considérant, y est-il dit, que les nécessités des services sont souvent urgentes et que l'affectation d'un immeuble à un

service public n'altère en rien son caractère domanial ». Pour M. Ducrocq, cette déclaration est plus qu'un argument de premier ordre, plus qu'un argument décisif ; elle contient, elle constitue la solution même de la question de classement, car il n'est pas vraisemblable, dit-il, que le législateur de 1852 ait entendu proclamer cette vérité banale et incontestée que l'immeuble ne cesse pas après son affectation de faire partie du domaine national, départemental ou communal.

Il est, en outre, selon le savant professeur, un certain nombre de décrets législatifs qui, en faisant mention des bâtiments affectés à un service public, emploient des expressions absolument incompatibles avec la domanialité publique. Ce sont par ordre de date les décrets des 16 octobre 1790-30 janv. 1791, du 23 avril 1810 et, enfin, celui du 9 avril 1811.

L'art. 1^{er} du décret de janvier 1791 porte que « les édifices qui servaient à loger les commissaires départis, les gouverneurs... ainsi que les hôtels destinés à l'administration des ci-devant pays d'État... continueront à appartenir aux villes qui pourront en disposer ». Aux termes de l'art. 2, « les hôtels de ville continueront à appartenir aux villes où ils sont situés ». Non seulement le mot domaine public n'est pas une seule fois prononcé, mais il est impossible de dire plus nettement que ces divers immeubles sont des dépendances du domaine privé municipal ; les choses publiques, en effet, n'appartiennent à personne.

Le décret du 23 avril 1810 plus précis encore prouve que les casernes et autres bâtiments militaires non compris dans l'énumération de l'art. 540 ne doivent pas être rangés dans le domaine public, bien qu'offrant la plus

grande analogie avec les forteresses; il établit donc, en même temps, que l'art. 540 doit être interprété restrictivement. « Les casernes, hôpitaux, manutentions, corps de garde et autres bâtiments militaires portés dans l'état annexé au présent décret sont donnés en toute propriété aux villes où ils sont situés »; ainsi s'exprime l'art. 1^{er}. L'art. 3 porte que « les villes entreront en possession desdits bâtiments et qu'elles seront chargées de leur entretien ». Le sens de ces textes est, d'ailleurs, confirmé par un autre décret du 16 septembre 1811 qui règle le mode d'administration des bâtiments militaires; on y trouve sans cesse répétés ces mots : « Les bâtiments militaires qui appartiennent aux communes; ceux qui appartiennent à l'État ». Toutes ces expressions cadrent parfaitement avec le classement des édifices publics dans le domaine privé; un autre système ne peut parvenir à les expliquer.

Il faut en dire autant du décret du 9 avril 1811 dont l'art. 1^{er} cède gratuitement aux départements, avec transports des charges corrélatives, « la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés par le service de l'Administration des Cours et tribunaux et de l'Instruction publique ». L'art. 2 réglemente « la remise de la propriété desdits bâtiments ».

Tel est, dans ses grandes lignes et avec ses principaux arguments, le système si brillamment développé par l'auteur du *Traité des édifices publics*. On doit le reconnaître, l'esprit est séduit par l'extrême simplicité d'une théorie claire, précise, d'où toutes les distinctions subtiles sont soigneusement bannies et qui se présente comme devant être dans la pratique d'une application facile. Nous ne demeurons cependant pas convaincus par le raisonnement et par les déductions qui servent de base à ce système et

nous n'hésitons pas à nous prononcer en sens contraire. Il nous semble que l'art. 538, même envisagé isolément, ne contient pas ce qu'on a voulu lui faire dire et que, d'ailleurs, pour la recherche d'un critérium de la domanialité publique, cet article ne doit pas être séparé de l'art. 540. Les différentes lois administratives que nous venons de parcourir ne nous paraissent pas davantage avoir la portée et la signification qu'on leur prête. Nous allons nous efforcer de le démontrer en reprenant, tout d'abord, les résultats du travail de dissection et d'analyse dont l'art. 538 a été l'objet.

Le législateur de 1804 a-t-il eu l'intention en employant la formule « généralement toutes les portions du territoire français » d'exclure, par cela même, de la catégorie des choses publiques tout ce qui n'est pas terrain non bâti? Nous ne le croyons pas. Les mots « portions du territoire français », dans le langage ordinaire, s'entendent indistinctement des terrains bâtis ou non bâtis ; on en trouve un exemple mémorable dans l'art. 1^{er} du traité de Francfort, en date du 26 février 1871, par lequel « la France renonce en faveur de l'empire allemand à tous ses droits et titres sur les territoires situés à l'est de la frontière ci-après désignée ». A plus forte raison, doit-il en être ainsi dans le langage du droit, puisque, conformément à l'art. 553 du Code civil et aux traditions romaines, les constructions constituent l'accessoire du sol, quelle que soit leur destination, quelque différence qu'il puisse y avoir entre la valeur respective du sol et de l'édifice qu'il supporte. Il n'est fait dans la loi aucune espèce de distinction à cet égard et c'est, d'ailleurs, en vertu de ce principe que le savant auteur du *Traité des édifices publics* classe dans le domaine public « tous les monuments et

objets quelconques qui font corps avec une dépendance de ce domaine et en forment un accessoire et comme une partie intégrante ». Il se produit dans ce cas spécial, de l'avis de tous, une véritable accession, une incorporation de la construction au terrain ; mais pourquoi réduire et limiter cette solution à une hypothèse particulière ? Pourquoi se refuser à la généraliser ? On n'en découvre vraiment aucune bonne raison. Le législateur n'a, d'ailleurs, pas hésité à employer des expressions analogues à celles de l'art. 538 dans des circonstances où elles s'appliquaient certainement à des constructions ; nous pouvons citer comme exemples la loi des 8-10 juillet 1791 et le décret du 24 décembre 1811 qui tous deux contiennent plusieurs fois répétés les mots « terrain des fortifications », « terrain militaire » et autres formules semblables sur la portée desquelles on n'a jamais épilogué (1). M. Ducrocq objecte, il est vrai, que ce sont là des expressions techniques usitées seulement en matière de domaine militaire et ne présentant, par conséquent, qu'un rapport très éloigné avec la formule générale de l'art. 538 (2). Est-ce bien un motif suffisant, pour qu'il soit défendu d'en tirer argument ? Nous ne le croyons pas et il nous semble qu'elles contribuent, dans une certaine mesure, à démontrer que ce dernier article ne doit pas être entendu dans le sens trop étroit que lui prête le *Traité des édifices publics*.

Les deux autres règles qui, avec la précédente, sont censées fournir le critérium de la domanialité ne sont pas

(1) Vo notamment l'art. 43 de la loi et l'art. 54 du décret.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXVII, article de M. Ducrocq sur les édifices publics en réponse à celui de M. Lamache voir p. 334.

plus que la première contenues dans le Code civil. Ce n'est point, en effet, par leur nature physique que les choses publiques, même celles énumérées par l'art. 538, peuvent être incompatibles avec la propriété privée, car, à l'exception des « *res omnium communes* », des choses communes telles que l'air, l'eau courante dans son état de mobilité et de renouvellement incessant, tout ce qui compose le globe terrestre est matériellement susceptible de possession exclusive et, par suite, d'appropriation. Sans doute, un fleuve, une rivière, une portion de rivage ou un port ne sauraient être l'objet, dans leur état actuel, d'actes de possession analogues à ceux qu'un propriétaire exerce sur un champ ou sur un pré ; la nature des choses ne le permet point, cela n'est pas discutable. Mais jouit-on d'une maison comme l'on jouit d'une vigne ? Évidemment non, et cependant l'une et l'autre sont susceptibles d'un droit de propriété. Précisons par quelques exemples : la constitution matérielle des rivages de la mer ne s'oppose nullement à ce qu'un particulier ait le droit exclusif et absolu d'y établir à perpétuelle demeure des établissements de pêche ; bien plus, des portions entières de rivage peuvent être concédées à titre de créments futurs et, avant même que la transformation du rivage en relai soit opérée, le concessionnaire est investi d'un droit opposable à l'État et aux tiers. De même, il est physiquement possible qu'un armateur ait seul le droit d'amarrer ses bâtiments dans une rade, d'y pénétrer, de s'y livrer à la pêche. Ce n'est donc pas la nature physique des choses publiques qui les rend insusceptibles de propriété privée ; ce résultat n'est produit que par leur nature juridique, c'est-à-dire par leur destination (1).

(1) V^o surtout l'article de M. Lamache sur le *Traité des édifices*

Tout cela apparaît de façon plus nette encore en matière de domaine public artificiel. Ainsi la loi du 20 août 1881 divise les chemins ruraux en deux classes : la première comprend tous ceux qui ont été l'objet d'un arrêté de reconnaissance et qui sont en cette qualité des dépendances du domaine public municipal ; la seconde est composée par ceux qui, sans avoir donné lieu à un semblable arrêté, sont cependant la propriété de la commune et font partie de son domaine privé. Vainement, on chercherait quelque différence matérielle correspondant à la diversité de condition juridique qui existe entre ces deux catégories de voies de communication ; il suffit d'un simple acte d'administration pour imprimer à l'une d'elles le sceau de la domanialité publique. Prenons une route nationale, départementale ou vicinale et supposons qu'elle vienne à être déclassée, c'est-à-dire désaffectée, en tout ou en partie : elle tombe aussitôt dans le domaine privé de l'État, du département ou de la commune, devient entre leurs mains aliénable et prescriptible, en un mot objet de propriété ordinaire, et cependant elle n'a subi aucune modification matérielle. La domanialité publique a disparu et, du moins en apparence, il n'y a rien de changé ; elle n'est donc pas, comme il a été dit, un caractère naturel, mais bien une pure création juridique apparaissant et disparaissant avec l'affectation de la chose à l'utilité générale. La démonstration nous semble assez probante, pour qu'il soit inutile d'insister sur ce point.

Le troisième et dernier caractère des choses publiques est fondé sur une distinction entre l'affectation à la jouis-

publics paru comme l'article précité de M. Ducrocq dans la *Revue critique*, t. XXVII, p. 20 et s.; et Chareyre, *thèse*, p. 188 et suiv.

sance directe, à l'usage immédiat du public et l'affectation à un service public. Les dépendances du domaine énumérées par l'art. 538 présentant ce caractère commun de servir à l'usage de tous, on en conclut que telle doit être la destination des choses auxquelles fait allusion la disposition finale de cet article. La conséquence ne nous paraît nullement forcée; nous sommes même très éloignés de croire que le législateur se soit proposé, comme on lui en prête l'intention, d'exclure du domaine public les objets quelconques affectés à un service public et surtout que leur exclusion puisse résulter de ce fait que la partie énonciative de l'art. 538 ne mentionne aucune chose offrant ce caractère.

Nous démontrerons, en effet, par la suite, que les deux sortes d'affectation sont séparées par une simple nuance et que, si elles ne sont pas absolument synonymes, elles expriment l'une et l'autre l'idée d'une chose destinée à la satisfaction de l'intérêt général. Il est, d'ailleurs, fort difficile de préciser où commence le groupe des biens affectés à un service public, où finit celui des choses consacrées à l'usage de tous, car, dans la plupart des cas, les deux affectations coexistent sur un même objet et on ne voit pas clairement quelle est celle des deux qui domine et doit par conséquent l'emporter sur l'autre (1).

En supposant un instant que le critérium de la domanialité dût être puisé dans le seul art. 538, il n'en résulterait donc pas nécessairement l'obligation de ne ranger dans le domaine public que celles des choses consacrées à un service d'utilité générale qui y sont placées par un texte spécial. On aurait à se demander si le silence gardé

(1) V^o au paragraphe 4, le développement de ces idées.

à leur endroit par le législateur ne trouve pas une explication suffisante dans un oubli que l'interprète a le devoir de réparer en s'inspirant des idées directrices en la matière, ou encore dans ce fait indiscutable que les rédacteurs du Code n'ont pas eu la prétention de fournir un exemple emprunté à chaque catégorie de choses publiques. La question de domanialité, se poserait ainsi plutôt sur le terrain rationnel que sur le terrain des textes ; nous avons laissé entrevoir quelle solution devrait être adoptée.

Nous avons discuté, jusqu'ici, comme si l'art. 538 existait seul, comme si, dans la recherche des conditions constitutives de la domanialité, ce texte devait être seul consulté ; mais, nous l'avons déjà dit, il ne saurait en être ainsi. Après avoir essayé de réfuter les solutions auxquelles aboutit le système de M. Ducrocq, nous nous attaquons maintenant au fondement de cette théorie en soutenant que les art. 538 et 540 ont la même nature, la même portée et doivent être placés sur un pied de parfaite égalité. Ces deux textes, disons-nous, demandent à être complétés et interprétés l'un par l'autre ; pour la recherche d'un critérium, il faut tenir compte de tous deux, il faut dégager les caractères communs à tous les exemples énumérés par eux. Tel est le véritable moyen de découvrir la pensée du législateur en matière de domanialité. Mais c'est en même temps, si nous parvenons à le démontrer, la ruine complète et définitive du système que nous combattons, car les choses énumérées par l'art. 540 ne sont ni des terrains non bâtis, ni des choses insusceptibles de propriété privée par leur nature physique et affectées à la jouissance commune des citoyens ; ce sont des portes, des murs, des fossés, des remparts, c'est-à-dire des constructions affectées

tées à un service public et pleinement semblables aux autres, si ce n'est qu'elles ont une destination différente. Un texte spécial n'est donc pas nécessaire pour qu'on soit autorisé à classer dans le domaine public les choses présentant des caractères analogues. Nous devons pour le moment nous borner à une simple affirmation ; afin d'éviter les redites, nous réservons le développement plus approfondi de ces idées pour les paragraphes suivants où leur place est tout naturellement indiquée.

Il reste à établir que le système professé par le savant auteur du *Traité des édifices publics* ne trouve point dans les lois postérieures à 1804 la base qui lui fait défaut dans le Code civil et, par conséquent, à restituer leur véritable signification aux textes législatifs qui semblent ranger dans le domaine privé certains édifices et plus généralement certains immeubles affectés à un service public. Cette démonstration et cette mise au point n'offriront pas de sérieuses difficultés.

Le premier argument emprunté au décret du 24 mars 1852 n'a aucune portée. C'est, en effet, sous la forme d'un considérant qu'est conçue la fameuse déclaration : « L'affectation d'un immeuble à un service public n'altère en rien son caractère domanial » ; elle n'est point renfermée dans le dispositif même de la loi. Cette constatation enlève déjà aux conséquences que l'on peut en tirer une grande partie de leur poids, car, si de simples considérants peuvent servir à interpréter une disposition législative, il est indiscutable qu'on ne doit pas songer à leur faire trancher, à leur faire résoudre par eux-mêmes d'aussi graves problèmes que ceux relatifs à la domanialité. Mais il y a un autre motif plus radical pour ne point attacher

autant d'importance à la déclaration de 1852 : c'est qu'elle n'a nullement le sens qu'on lui prête (1).

Il s'agissait, en effet, en 1852, de trancher à nouveau une question de partage d'attributions entre les deux pouvoirs exécutif et législatif. La loi de finance du 18 mai 1850, dans la première phase du conflit soulevé entre le prince président et l'Assemblée nationale, venait par son art. 4 de subordonner toute affectation d'immeuble à un vote législatif. Le rapport qui l'accompagnait motivait cette décision en disant que « les affectations constituent une sorte d'aliénation temporaire », sans doute, à cause de ce fait que, comme conséquence de l'affectation et tant qu'elle dure, l'immeuble passe dans le domaine public. Que fait donc le pouvoir exécutif désireux deux ans plus tard de ressaisir la prérogative dont il a été dépouillé et, en même temps, de trouver une explication à sa conduite ? Il commence par contredire les arguments qui ont été mis en avant en 1850, il nie que l'affectation constitue une aliénation et affirme, avec raison, qu'elle n'altère en rien le caractère domanial de l'immeuble. C'est ainsi qu'en tenant compte des circonstances dans lesquelles le décret du 24 mars 1852 a été promulgué on arrive à interpréter sainement les déclarations qu'il renferme et à découvrir qu'elles n'ont pas trait au classement domanial.

Il ne faut pas s'attacher davantage aux décrets du 30 janvier 1891, du 23 avril 1810 et du 9 avril 1811. Les partisans du système qui nie l'existence d'un droit de propriété de l'État portant sur les dépendances du domaine public courent le risque de se trouver embarrassés pour fournir une explication satisfaisante des mots « pro-

(1) V° *Revue critique*, t. XXVII, 1865, p. 24 et suiv.

priété » et « pleine propriété » prononcés à plusieurs reprises dans ces différents textes à l'occasion des édifices publics. Avec le système que nous avons admis relativement à la nature du droit de l'État, des départements et des communes, il ne saurait y avoir de difficultés ; puisque les personnes administratives sont vraiment propriétaires, à titre de puissance publique, c'est vrai, mais qu'importe, le législateur n'en avait pas moins le droit de s'exprimer comme il l'a fait. Par le mot « propriété », il ne se réfère pas nécessairement à une dépendance du domaine privé et rien ne prouve que dans sa pensée il ne s'agissait pas d'une propriété publique. On ne peut, en effet, lui savoir mauvais gré de ce qu'il n'a point précisé davantage dans ce cas particulier, par la raison qu'il n'a pas cru devoir le faire ailleurs.

Remarquons, au surplus, que ceux-là mêmes qui admettent que les choses publiques constituent des *res nullius* ne sont pas forcément obligés de voir dans ces trois décrets un argument contre la domanialité des édifices publics. Il a été présenté par M. Lamache une explication ingénieuse qui peut être également acceptée, quelque solution que reçoive la controverse soulevée à l'occasion de la nature du droit des personnes administratives. Par l'emploi des expressions incriminées, le législateur a pu exprimer l'idée, exacte d'ailleurs, qu'il ne s'agit point ici de l'une de ces affectations que l'État consent parfois pour un temps indéfini, mais en se réservant la faculté de les révoquer « *ad nutum* » (1). « Pleine propriété » deviendrait ainsi synonyme de propriété incommutable. On n'a

(1) Vo *Revue critique*, t. XXVII, p. 18 et 49.

done dans aucun cas à faire intervenir l'hypothèse d'une impropriété de langage, d'une erreur de rédaction.

Nous avons, en terminant, à répondre à une dernière objection. Ne s'agit-il pas dans les décrets du 23 avril 1810 et du 9 avril 1811 d'une véritable aliénation incompatible avec la qualité de dépendance du domaine public ? Est-il possible de concilier le principe de l'indisponibilité domaniale avec ces sortes de cession ?

Pour être en mesure de trancher la question, il n'y a qu'à se rappeler le fondement et la raison d'être de cette mise hors du commerce, il suffit de savoir que l'inaliénabilité a été instituée dans l'intérêt du public, en vue d'assurer la destination d'utilité publique des choses domaniales *stricto sensu* (1). Dès lors, en effet, la portée de la règle apparaît clairement et peut se résumer d'un mot : demeurent interdits tous les actes qui portent atteinte à la destination de la chose, mais seulement ces actes. Il en résulte que les dépendances du domaine public ne sauraient être acquises par un particulier, tant qu'elles n'ont pas changé de nature, il en résulte aussi que n'étant pas possédées à titre de propriétés privées par l'État, par les départements ou par les communes, elles ne peuvent être l'objet d'une spéculation commerciale entre ces personnes, d'une vente par exemple. Mais dans les cas prévus par les décrets qui nous occupent la situation est fort différente ; la mutation de propriété dont il s'agit ne présente aucun rapport avec les aliénations ordinaires, car elle ne fait rien perdre aux édifices de leur destination. Affectés à un service public avant les décrets, ils passent avec la même affectation du domaine national aux mains des départements ou des communes. Le seul changement opéré

(1) Cf. *suprà*, chap. prélim.

consiste en ce qu'une personne administrative différente est appelée à profiter des chances de désaffectation et en attendant doit subvenir aux charges d'entretien. En quoi cela peut-il porter atteinte à l'intérêt général.

On trouve, d'ailleurs, dans d'autres textes législatifs des exemples de mutations analogues, applicables à des dépendances incontestées du domaine public et jamais on n'a songé à critiquer ces textes, à déclarer qu'ils sont en contradiction avec la règle de l'inaliénabilité. Nous connaissons deux d'entre eux, la loi du 18 juillet 1837 dans ses art. 5 et 6 et l'art. 7 de la loi du 5 avril 1884, aussi n'avons-nous pas à insister sur ce point (1). Les décrets de 1810 et de 1811 ne parlant pas un autre langage, pourquoi recevraient-ils une interprétation différente ?

§ 2. — Système qui voit le critérium de la domanialité dans l'affectation à l'usage public.

Immédiatement à côté du système de M. Ducrocq, il convient d'en placer un autre qui, se refusant à admettre la nécessité des deux premières conditions exigées par la théorie précédente, s'attache exclusivement à la dernière. Le fait pour une chose d'être livrée à la jouissance commune du public, de servir directement et sans intermédiaire à l'usage de tous ceux qui habitent le territoire, apparaît dans cette théorie comme le seul critérium, la condition nécessaire mais suffisante de la domanialité publique.

Pour qu'une chose tombe sous la sphère d'application de l'art. 538, il n'est pas indispensable qu'elle soit une

(1) V^o au chapitre précédent, § 2 et 3.

portion non bâtie du sol français et qu'elle échappe par sa nature physique actuelle à toute appropriation privée. Les édifices et constructions diverses, les objets mobiliers ne sont donc pas exclus de plein droit du domaine public; avant de résoudre la question de classement, il faut examiner, au préalable, s'il n'y en a point quelques-uns parmi eux qui soient réellement affectés à un usage public, car, dans le cas de l'affirmative, aucun obstacle ne s'oppose à ce que ceux-là soient ajoutés à la liste évidemment incomplète de l'art. 538.

En réalité, ce nouveau système a le même point de départ que le précédent; c'est toujours l'art. 538 qui continue à être mis à contribution et qui doit fournir à l'exclusion de tout autre les traits distinctifs et caractéristiques de la domanialité. L'art. 540 demeure ce qu'il est pour M. Ducrocq, un texte dérogatoire au droit commun contenant une énumération strictement limitative dont on ne doit tenir aucun compte dans la recherche des principes généraux. Mais les résultats du travail d'analyse et de dissection dont le texte de l'art. 538 est l'objet diffèrent profondément dans les deux théories, aussi n'aboutissent-elles pas aux mêmes solutions pratiques.

Nombreux sont les auteurs qui ont pris comme base d'un classement rationnel une distinction entre les deux affectations; ils forment dans la doctrine administrative française une minorité des plus imposantes, mais beaucoup procèdent par simple affirmation, au lieu de se livrer à une discussion méthodique, à un examen approfondi de cette importante question.

Adolphe Chauveau est particulièrement catégorique. « Il faut distinguer, dit-il, entre les édifices consacrés à un usage public, hors du commerce et imprescriptibles, et les

édifices simplement affectés à un service public. Pour les premiers, églises, cimetières, la commune ne pourrait pas obéir à la prescription de l'art. 661, parce que ces édifices sont inaliénables et font partie du domaine public communal. Quant aux autres, c'est bien différent; la maison où est placée la mairie, celle où loge le curé, celle qu'habite l'instituteur, sont affectées à un service public, mais ne sont pas consacrées à un usage public » (1).

Gabriel Dufour, classe lui aussi parmi les dépendances du domaine privé de l'État « les palais, hôtels et autres édifices avec cours et jardins ou autres dépendances, affectés aux Chambres, aux ministères, aux services d'instruction... les forges, fonderies, etc. » Seules, d'après lui, les choses qui ne comportent qu'un usage commun à tous et celles qui, sans être destinées à une jouissance commune, se trouvent affectées à la défense de l'État, » participent à la domanialité publique (2).

D'après F. Laferrière, « le domaine privé des communes se compose ou d'édifices destinés à des usages communaux, comme les hôtels de ville et les écoles ou de biens productifs, prés, bois, marais, etc. ». Par application du même principe, il exclut du domaine public national « les édifices et biens immeubles affectés au service des ministères et administrations générales » (3).

Proudhon considère les hôtels de ville et les maisons communes « comme étant dans le patrimoine des communes et propriétairement possédées par elles, attendu

(1) *Journal de droit administratif*, t. X, p. 479.

(2) *Traité général de droit administ. appliqué*, 2^e éd., t. V, ch. xv, nos 70, 82.

(3) *Cours de droit public et administ.*, t. I, p. 555.

qu'ils ne sont point asservis aux usages du public en général ». Mais le savant domaniste présente une solution toute différente à l'occasion des collèges et des hospices, ce qui constitue, à nos yeux, un manque absolu de logique ; il semble, en effet, qu'il aurait dû refuser par *a fortiori* à ces bâtiments les privilèges attachés à la domanialité publique.

A cette énumération, nous pourrions ajouter d'autres auteurs qui placent comme les précédents dans le domaine privé de l'État, des départements ou des communes la presque totalité des édifices et des immeubles affectés à un service public. Nous ne citerons que les noms de MM. Aucoc, Blanche, Maurice Bloch, Dalloz, Delvincourt, Macarel et Boulatignier, Simonet, Valette pour la France, de MM. Giron, de Brouckère et Tielemans pour la Belgique (1).

C'est seulement en ces dernières années que le système que nous exposons vient de perdre son cachet d'empirisme pour revêtir une apparence et un caractère véritablement scientifiques. Comprenant enfin que le classement domanial des édifices publics est lui-même subordonné à une question plus haute, à la recherche du critérium de la domanialité publique, nos jurisconsultes modernes remontent jusqu'aux principes généraux de la matière et ne

(1) V^o Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. II, p. 40 et 41 ; Blanche, *Dictionnaire d'adm., Domaine*, p. 888 ; Block, *Dictionnaire de l'administr., Domaine*, n^o 40 ; Dalloz, *Répertoire, Domaine de l'Etat*, n^o 39 ; Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 145 ; Macarel, *Traité de la fortune publique*, t. I, n^o 70 ; Simonet, *Traité élém. de dr. public*, 2^e éd., p. 226 ; Valette, *De la propriété et de la dist. des biens*, p. 75 ; Giron, *Dr. adm.*, n^o 332 ; Tielemans, *Rép.*, t. VII, *Domaine*, p. 378.

se contentent plus de présenter à propos de controverses de détail quelques solutions de fait, isolées et trop souvent contradictoires.

M. Batbie est, dans l'ordre chronologique, le premier qui se soit engagé dans cette voie, mais peut-être convient-il de rattacher cet auteur au système que nous avons développé dans la précédente section, en un mot au système de M. Ducrocq. Comme ce dernier, en effet, M. Batbie prend les mots, « portion du territoire français » dans leur sens le plus étroit, le plus rigoureusement littéral et paraît croire que les dépendances du domaine public énumérées en l'art. 538 répugnent par leur nature à toute appropriation privée (1).

M. de Récy a suivi cet exemple, mais en se ralliant franchement à la thèse que nous exposons. « Le domaine public, écrit-il à ce sujet, n'échappe à la propriété privée que parce que sa nature ou sa destination s'y opposent... l'usage collectif est une condition indispensable de la domanialité publique, les dépendances de ce domaine doivent servir à tous matériellement et directement... Tout autre est la nature des édifices affectés aux travaux des corps administratifs ou politiques. Le public ne profite qu'indirectement de leur existence, par le fonctionnement des services qui les occupent ». Il est un point cependant sur lequel M. de Récy se laisse tromper par les apparences. Le savant auteur oppose aux édifices dont il vient de parler et qu'il range dans le domaine privé par une application fort judicieuse de son critérium, d'autres édifices qui doivent, selon lui,

(1) Batbie, *Précis du droit public et adminitr.*, 2^e éd., t. V, p. 313 à 317.

faire partie du domaine public, parce qu'ils lui paraissent servir à un usage public, les halles et marchés couverts, par exemple (1).

Mais c'est surtout à M. Saleilles que l'on est redevable de la construction juridique de cette théorie (2). Après avoir successivement envisagé la question au point de vue spécial des textes législatifs et au point de vue plus général des conceptions rationnelles, l'éminent professeur arrive à cette conclusion que le critérium de la domanialité publique doit être cherché dans l'affectation à l'usage direct, immédiat du public, sans qu'il y ait à se préoccuper de la nature de l'objet.

M. Saleilles recherche, tout d'abord, le caractère respectif des dispositions contenues dans les art. 538 et 540 du Code civil et, à cette occasion, s'efforce d'établir que, dès les premières lois de la période intermédiaire, il y a en ce qui touche le fondement juridique de l'inaliénabilité domaniale un double système très nettement accusé. On découvre, selon lui, dans les textes de cette époque deux catégories de choses indisponibles, deux classes profondément distinctes : celle des biens réservés et celle des biens considérés comme choses publiques par nature. Cela revient à dire, puisque le domaine privé de l'État est devenu aliénable et prescriptible, qu'il y a pendant la Révolution deux sortes de domanialité publique : l'une artificielle, de création légale, et l'autre naturelle, que le législateur constate plutôt qu'il ne la crée.

(1) De Récy. *Traité du domaine*, n° 425.

(2) V° cette théorie développée dans la *Revue bourguignonne*, 1891, p. 680 et suiv. et dans la note précitée sous l'arrêt de la cour de Lyon, du 10 juillet 1894, S. 1895. 2. 185 et suiv.

Passant en revue les actes législatifs de l'Assemblée constituante, M. Saleilles s'efforce de démontrer que l'existence d'un groupe de biens appartenant à la première catégorie résulte de l'art. 1^{er} du décret des 9-23 juillet 1790, de l'art. 5 de la loi domaniale des 22 novembre-1^{er} décembre de la même année et de deux autres décrets rendus respectivement à la date des 28 octobre-5 novembre 1790 et des 16 octobre 1790-30 janvier 1791. Ainsi qu'il ressort de la combinaison de ces différents textes, les biens réservés sont alors de deux sortes : à côté de choses frappées d'une affectation spéciale à un service public, on trouve de simples dotations, c'est-à-dire des biens qui ne sont aucunement consacrés à l'intérêt général (1). Mais peu à peu les dotations rentrent dans le droit commun et, si l'on excepte les forêts restées inaliénables pour des raisons particulières, l'indisponibilité devient avec les décrets du 9 germinal an V et du 26 vendémiaire an VII l'apanage exclusif des choses affectées.

Les changements mêmes dont la composition de ce groupe est l'objet attestent, d'après M. Saleilles, qu'il s'agit là de choses qui trouvent dans la loi seule, dans la volonté du législateur, le fondement et l'origine de leur condition juridique. Il est, par suite, bien évident que l'on ne saurait rien ajouter à la liste plus ou moins artificielle présentée par les textes et que l'on ne doit pas chercher à la compléter par voie d'analogie.

La seconde catégorie comprend les choses indisponibles par leur nature même, les choses dont la mise hors du commerce ne provient pas seulement d'une décision prise

(1) Pour de plus amples détails se reporter à l'historique, IV^e section.

par le législateur, mais est surtout un fait de constatation. L'art. 2 du décret du 22 novembre 1790 leur est consacré. Par l'analyse des divers éléments dont cet article se compose, M. Saleilles arrive à cette conclusion que le seul caractère commun à tous les objets de l'énumération, chemins, fleuves, ports, rivages de la mer « ce n'est ni la nature originaire et matérielle de la chose, ni un aménagement industriel qui en ait transformé les éléments, c'est l'usage public auquel elle est soumise ». L'affectation réalisée à l'usage public constitue donc, en 1790, le critérium de la domanialité publique.

Or, ce qui est vrai durant la période intermédiaire doit l'être aussi sous l'empire du Code civil, car les conceptions n'ont certainement pas changé. Les art. 538 et 540 étant la reproduction presque littérale des art. 2 et 3 du décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, il n'y a aucune raison pour ne pas entendre les premiers dans le même sens que les seconds.

Abandonnant les textes, M. Saleilles montre que les données rationnelles concordent avec la législation positive et qu'aux deux points de vue, il importe de distinguer entre l'affectation à un service public et l'affectation à l'usage public. Pour l'établir, le savant professeur passe en revue les diverses formes que peut revêtir la propriété et les différents degrés par lesquels elle échappe à son intensité initiale; il entre dans les détails d'un raisonnement dont on trouve la première ébauche dans l'arrêt déjà mentionné de la Cour d'appel de Lyon. « Considérant, dit cet arrêt, que le caractère distinctif de la domanialité publique réside dans l'affectation d'une chose à la jouissance directe et immédiate du public; que cette règle qui dérive de l'idée même de la propriété privée, telle qu'elle

est formulée dans l'art 544 du Code civil, est vérifiée et éclairée par les art. 538 et 540 du même Code, les dispositions de la loi des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 ». C'est, en effet, du rapprochement et de la comparaison des art. 538 et 544, dont l'un donne la définition de la domanialité publique et l'autre celle de la propriété privée qu'il faut déduire le critérium et les caractères constitutifs de la première. Or, il résulte de la combinaison des deux textes, que celle-ci commence au point précis où l'art. 538 absorbe l'art. 544, où finit la sphère d'application de ce dernier article. Elle sera donc produite par tout événement qui rend une chose insusceptible de propriété privée et empêche que cette chose puisse devenir l'objet d'un droit quelconque au profit des particuliers. Ce ne peut être évidemment qu'une affectation à l'intérêt général; il reste à se demander si toute affectation produit ce résultat.

A l'égard de l'affectation à l'usage public, il ne s'élève aucune difficulté. Dès qu'une chose domaniale est régulièrement consacrée par l'autorité compétente à la jouissance du public et mise effectivement à la disposition de ce dernier, tous les avantages, toute l'utilité dont elle est susceptible, passent en la possession du public et sont absorbés par cette destination. Le propriétaire, État, département ou commune, est complètement dépouillé du droit de maîtrise qui lui appartenait auparavant en vertu de l'art. 544, il a les mains liées à tel point qu'il ne lui reste plus aucune des facultés que décrit cet article, et, s'il conserve encore certains droits, ce n'est plus à titre de personne morale du droit privé, c'est en tant qu'organe des intérêts généraux, en tant que représentant le public. Une incompatibilité absolue et matérielle existe donc entre l'usage public et la propriété ordinaire, elle existe

aussi entre l'affectation à cet usage et tout droit privatif qu'un particulier viendrait à réclamer en propre, car le destinataire de la chose accapare complètement celle-ci et peut seul en jouir. Il semble bien, par conséquent, que toutes les conditions soient remplies, pour que les objets ainsi affectés fassent partie du domaine public.

Ce résultat sera-t-il produit par une simple affectation à un service administratif? M. Saleilles ne le croit pas, car, dans ce cas, toute l'utilité dont la chose est susceptible ne se trouve pas absorbée par la destination que celle-ci a reçue (1). Incontestablement, les prérogatives du propriétaire sont diminuées, limitées, ses mains sont liées dans une certaine mesure, mais il conserve ce pouvoir de maîtrise qui forme le fond de la propriété civile; la chose, en un mot, ne perd pas pour lui toute valeur pécuniaire et patrimoniale. Il n'y a donc nulle incompatibilité entre la situation de fait à laquelle est soumis le bien domanial et la propriété privée ou plus généralement les droits privés. Pour ce motif, la propriété d'affectation, bien qu'il entre dans la conception qui la domine une idée d'intérêt général, ne cesse pas d'appartenir à la sphère d'action de l'art. 544. Sans doute, le législateur peut très légitimement décider que cette incompatibilité existera à l'avenir, accorder à un objet ainsi consacré les bénéfices attachés à la domanialité publique, le rendre, à son gré, inaliénable et imprescriptible pour mieux assurer sa consécration, mais, et c'est là le point essentiel qu'il importe de mettre en relief, cette incompatibilité tout idéale n'a son fondement que dans la loi, elle résulte d'une appréciation intel-

(1) Le raisonnement est exact que les choses publiques soient objets de propriété publique ou des *res nullius*.

lectuelle du but auquel la chose est consacrée et non pas d'un fait naturel comme dans la première hypothèse, aussi est-elle exceptionnelle et de droit étroit. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu agir autrement, lorsqu'ils ont rangé dans le domaine public des ouvrages de défense, portes, murs, fossés, remparts, nullement destinés à l'usage immédiat des habitants; pour des motifs d'un ordre supérieur, pour des considérations bien des fois signalées, ils ont garanti une protection particulière à ces portes, à ces remparts, à ces murs, en pleine connaissance de cause, sachant qu'ils ne faisaient pas une application d'un principe emprunté au droit commun de la domanialité. Telle est la véritable portée de l'art. 540.

A quelque point de vue qu'on se place, sous quelque aspect que l'on envisage la question, ne semble-t-il pas qu'une conclusion s'impose : à défaut d'un texte spécial, l'usage public matériellement réalisé a seul le pouvoir d'engendrer des choses publiques, mais partout où il se rencontre, on est autorisé à affirmer que la domanialité existe. Tout revient donc à se demander quelles sont les choses qui présentent ce caractère.

Passant aux conséquences pratiques de cette idée, M. Saleilles, à la différence de M. de Récy (1), ne découvre aucun obstacle qui s'oppose à l'admission d'un domaine public mobilier. Les livres et manuscrits des bibliothèques, les objets enfermés dans les musées, par exemple, sont à la disposition du public et régulièrement affectés à la jouissance immédiate de celui-ci; ils servent à un usage approprié à leur nature physique, mais au demeure-

(1) Cet auteur n'admet de domaine public mobilier qu'avec des restrictions. *Traité du domaine*, t. I, n° 216, 217 et suiv.

rant analogue à celui dont les chemins, les fleuves ou les rivages de la mer peuvent être l'objet. Pourquoi leur refuser les privilèges de la domanialité publique, puisqu'ils en remplissent les conditions constitutives. Ce ne sont pas, d'ailleurs, les seuls objets mobiliers qui soient appelés à bénéficier d'une semblable faveur; tous ceux qui, comme les précédents, répondent au critérium, doivent être classés de la même manière, car les raisons de décider ne changent pas. On est en présence d'une pure question de fait. — A cette justification sur le terrain des principes, M. Saleilles ajoute les art. 46 de la loi du 18 juillet 1837 et 110 de la loi du 5 avril 1884 qui supposent que, parmi les biens mobiliers appartenant aux communes, un certain nombre d'entre eux sert à l'usage public et devient inaliénable, en cette qualité (1).

En sens inverse, quoique par application de la même règle, aucun bâtiment ne doit être rangé dans le domaine public, sauf à titre d'accessoire d'une dépendance de celui-ci. Il n'y a point, en effet, d'édifices vraiment affectés à l'usage de tous. Il existe, sans doute, des bâtiments ouverts au public tels que les halles, églises, mairies, salles d'audience des tribunaux où chacun a libre accès; mais ce n'est point l'édifice considéré en lui-même et pour lui-même qui est à la disposition matérielle du public; on n'y entre que pour les services qui y sont installés et l'usage qu'on peut en faire n'est jamais que l'accessoire de la jouissance de ces derniers. Ainsi, dans une église ou dans un tribunal, ce qui est public, ce n'est point l'édifice, ce sont les offices religieux, l'exercice du culte ou l'au-

(1) Nous passons sous silence les difficultés relatives à la combinaison du Code civil et de la loi du 30 mars 1887.

dience. Pourvu que les services administratifs soient à la disposition des intéressés, peu importe à ceux-ci le local où ils doivent frapper (1).

En dehors des nombreux suffrages qu'il peut revendiquer dans la doctrine, le système que nous exposons a inspiré, notamment dans ces dernières années, plusieurs décisions à la jurisprudence. Le mouvement paraît s'accroître chaque jour et l'on est en droit de se demander si ce n'est pas, à l'heure actuelle, la théorie dominante.

Nous n'avons pas à insister sur l'arrêt de la Cour de Lyon du 10 juillet 1894, puisque nous avons déjà reproduit les considérants par lesquels il se prononce en faveur de la thèse que nous venons de développer. L'arrêt de la Cour de Dijon du 3 février 1891 rendu précédemment dans la même affaire reconnaît lui aussi l'existence d'un domaine public mobilier et il ressort de ses dispositions qu'il exige une affectation à l'usage direct du public, une jouissance effective de ce dernier.

Plus récemment la Cour de Paris, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Laffon, confirme, dans un arrêt du 26 décembre 1895, un jugement du tribunal de la Seine qui prend comme point de départ de la domanialité, en matière de voies ferrées, l'instant où leur affectation à l'usage de tous est effectivement réalisée (2). Le 20 février 1897, le tribunal civil de Lyon classe parmi les choses publiques les objets mobiliers « affectés à l'usage direct et immédiat du public » (3).

Enfin, le Conseil d'État par deux arrêts en date du 7 août 1883 et du 24 juin 1892 fait sienne cette jurispru-

(1) V^o aussi Bathic, *Traité de droit administratif*, t. V, p. 318.

(2) *Pand. Fr.*, 1895. 2. 281 et 1895. 2. 43 pour le jugement.

(3) V^o ce jugement rapporté dans le journal *La Loi* du 13 mai 1897.

dence imposante en statuant sur des contraventions de grande voirie (1).

Malgré toutes ces solutions, malgré la grande autorité des savants jurisconsultes qui ont adopté ce critérium, nous croyons que, dans l'état actuel de notre législation, ce n'est pas encore le système auquel on doit se rallier. Il a, en effet, le tort de restreindre dans des limites trop étroites la catégorie des choses publiques proprement dites et de distinguer, sans y être suffisamment autorisé par la loi positive et par les faits, deux sortes de domanialité, l'une légale et l'autre naturelle, celle-ci existant en dehors et indépendamment de la volonté du législateur. Il est inutile de s'arrêter à une réfutation de cette théorie, car elle résultera suffisamment des arguments à l'aide desquels nous allons construire notre système dans un prochain paragraphe.

§ 3. — Système de M. Gaudry.

M. Gaudry trouve dans un autre ordre d'idées la base du classement domanial et le principe régulateur dont il admet lui aussi l'absolue nécessité. Se plaçant surtout au point de vue des édifices publics, l'auteur du *Traité du domaine* assimile les deux art. 538 et 540 et se croit autorisé à reconnaître cette puissance attributive de la domanialité publique à toute affectation, même à la simple

(1) Lebon, *Recueil des arrêts du Conseil d'Et.*, 1883, p. 789 et 1892, p. 579.

affectation à un service public, pourvu qu'elle remplisse certaines conditions, certains caractères déterminés. « Nous trouvons, dit-il, les causes de domanialité dans deux circonstances : la perpétuité et la généralité ».

La « perpétuité » ne doit pas s'entendre d'une perpétuité absolue, car les ouvrages des hommes ne sont pas destinés à avoir une durée éternelle. Il suffit pour la réaliser que, de la part de l'autorité qui préside à l'affectation, il y ait volonté de conserver cette dernière, tant qu'elle sera conforme à la nature des choses et compatible avec les besoins, avec les exigences de l'intérêt général. « Un établissement transitoire pourra donc être une fondation très utile à la commune, au département ou à l'État, mais nullement une propriété publique » (1).

La « généralité » constitue le caractère principal et essentiel des choses publiques, celui qui leur donne une physionomie particulière. Cette condition est remplie, dès que la chose existe pour l'intérêt général, dès qu'elle est destinée à l'utilité de tous, lors même que, par mesure de police et pour la conserver au public avec tous ses avantages, les droits du plus grand nombre à la jouissance viendraient à être restreints. M. Gaudry ne distingue pas entre les deux sortes d'affectation ; elles produisent dans sa pensée des effets analogues, car les besoins auxquels elles correspondent sont de même nature.

Tout édifice qui réunira la double condition exigée devra, par cela seul, être classé dans le domaine public, mais si l'un de ces caractères lui fait défaut, ce sera à la solution inverse qu'il faudra se rallier. L'application logique de ces principes conduit à décider que les édifices construits dans

(1) V^o Gaudry, *Traité du domaine*, t. I, p. 600, 601 et suiv.

l'intérêt spécial de quelques individus ou destinés à produire un revenu entre les mains des personnes administratives dépendent exclusivement du domaine privé de ces dernières.

En ce qui concerne le domaine public mobilier, M. Gaudry propose d'adopter une solution un peu différente qu'il résume en ces termes : « Lorsque des objets mobiliers portent en eux-mêmes l'indication de leur origine, ou que l'édifice public qui les renferme est créé pour eux, ils sont du domaine public comme le monument. » Nous ne pouvons insister davantage sur cette partie de la théorie (1).

Du point de départ du système et de la condition que M. Gaudry développe, en second lieu, sous le nom de « généralité », nous n'avons rien à dire, car nous allons nous les approprier dans le paragraphe suivant. La thèse si ingénieuse de l'auteur du *Traité du Domaine* se rapproche donc beaucoup de ce qui nous paraît être la vérité; en fait, les solutions auxquelles il aboutit dans la majorité des cas diffèrent fort peu des nôtres.

Toutefois nous ne saurions admettre la nécessité de ce caractère de perpétuité relative que toute affectation doit présenter, d'après la théorie de M. Gaudry, pour entraîner la domanialité publique, en l'absence d'un texte exprès. Cette exigence nous semble absolument arbitraire, sans le moindre appui en législation. Il n'est pas possible, en effet, de découvrir un seul texte permettant de justifier une pareille distinction, un mot d'où l'on puisse la faire sortir par voie d'induction.

Il faut le reconnaître, au point de vue rationnel, l'affec-

(1) Gaudry, *op. cit.*, t. I, p. 621.

tation à un service public ou à l'usage de tous, cela est indifférent dans l'espèce, ne change pas de nature selon qu'elle est perpétuelle ou temporaire; tant qu'elle subsiste, l'affectation doit donc produire le même résultat dans les deux hypothèses. On ne s'explique vraiment pas pourquoi ses effets seraient subordonnés à sa durée probable; n'est-ce pas le provisoire qui se prolonge au delà de toute prévision, tandis que l'on voit se succéder à de brèves échéances les installations dites définitives.

Ce ne sont pas les seuls reproches qui peuvent être adressés à cette partie du système de M. Gaudry. Elle tend à établir une diversité choquante entre bâtiments appartenant à une même personne administrative et ayant une destination identique. Si elle était adoptée, des édifices affectés à un même service, de département à département, d'une ville à l'autre, dans la même localité peut-être, seraient régis par des principes différents et n'auraient pas une condition juridique uniforme.

Nouvelle source de difficultés. Il est le plus souvent assez mal aisé de dégager la pensée qui a présidé à l'affectation. L'administration peut avoir négligé d'exprimer formellement son intention à cet égard, il se peut aussi que cette dernière ne résulte pas clairement des circonstances; comment user, dans ce cas, du critérium de la domanialité, comment effectuer avec quelque certitude le classement de l'édifice? Les tribunaux auraient à interpréter les actes de l'autorité, mais ne serait-ce pas ouvrir une trop large place au pouvoir discrétionnaire et à l'arbitraire des juges même administratifs?

En voilà plus qu'il ne faut pour nous décider à rejeter la thèse de M. Gaudry. Nous disons avec M. Ducrocq : « La domanialité publique, l'inaliénabilité et l'imprescrip-

tibilité doivent avoir une cause créatrice plus facilement saisissable, moins variable, plus précise et plus sure » (1).

On doit adresser les mêmes objections à un dernier système défendu par Troplong, système qui fait dépendre la domanialité publique des bâtiments et constructions de l'État, des départements ou des communes de leur caractère monumental et trouve un critérium suffisant dans la rectitude des lignes et la pureté des formes architecturales (2). Les inconvénients, les dangers de cette manière de voir sont manifestes; arbitraire, sans fondement juridique, elle transforme en question d'art et de goût ce qui devrait rester une pure question de droit, elle prête une influence décisive sur le classement domanial des édifices publics à des circonstances, à des considérations qui n'ont aucun rapport avec lui et tend elle aussi à mettre de la diversité là où il faudrait l'unité. Il n'est donc pas surprenant qu'une semblable théorie n'ait jamais rallié beaucoup d'adeptes.

§ 4. — Système qui place le critérium de la domanialité dans l'affectation à l'utilité publique.

Nous l'avons déjà donné à entendre, pour nous, le critérium, c'est-à-dire le signe distinctif et la cause de la domanialité, doit être cherché exclusivement dans le fait de la consécration à l'intérêt général de toute dépendance du patrimoine de l'État, des départements et des com-

(1) Ducrocq, *Traité des édifices publics*, p. 41.

(2) Troplong, *Prescription*, t. I, nos 169 et 173.

munes. Trois conditions, en effet, doivent se trouver réunies, pour qu'on ait le droit de suppléer au silence des textes et de classer une chose dans le domaine public : il faut qu'elle soit la propriété d'une personne morale susceptible d'avoir un domaine de ce genre, qu'elle soit affectée à l'utilité publique, à l'usage direct de tous ou à un service public, peu importe, il faut, enfin, que cette affectation soit régulière et effectivement réalisée. Le moment est venu de donner à ces diverses propositions les développements qu'elles comportent.

1^{re} — Un objet quelconque, disons-nous, ne peut être rangé au nombre des choses publiques qu'à la condition d'appartenir à une personne morale susceptible de posséder un domaine public. Nous devons d'abord rechercher de quelles personnes il s'agit.

La question se pose à l'occasion des établissements d'utilité publique et des établissements publics, mais à l'égard des premiers la réponse ne souffre aucune difficulté. En effet, les établissements d'utilité publique restent placés en dehors des branches de l'administration et lui demeurent complètement étrangers ; à aucun point de vue, ils ne font partie de l'organisation politique et publique du pays ; ce sont des personnes morales privées. S'ils rendent des services au corps social, ce ne sont pas des services publics, mais des services privés. Dès lors, comment supposer chez eux les pouvoirs nécessaires à l'administration des choses publiques ? A quel titre, une fraction de ce domaine pourrait-elle se trouver entre leurs mains ?

Nous pensons qu'il faut aller plus loin dans cette voie et faire une distinction entre les diverses sortes d'établissements publics, car toutes ne nous paraissent pas également susceptibles de posséder un domaine public. Sans

doute, ces établissements font partie intégrante de l'organisation administrative de la France ou, du moins, se rattachent de la façon la plus intime, la plus étroite à une branche de cette administration ; ce sont, en un mot, des personnes morales publiques. Il importe cependant de ne pas tous les placer sur un même pied (1).

Les départements et les communes constituent des démembrements généraux de la société ; ils la représentent comme l'État dont ils constituent une émanation et personnifient, eux aussi, le public considéré dans son ensemble (*ut universi*). Ils sont armés de la puissance publique et, dans une assez large mesure, des droits de souveraineté, parce qu'ils forment, selon l'expression si profondément exacte de M. Wodon, « des corps de la société civile issus de la souveraineté nationale » (2). On s'explique par ces constatations que la totalité des choses publiques ne soit pas entre les mains de l'État ; on comprend par elles la possibilité théorique et l'existence, en fait, d'un domaine public départemental et d'un domaine public municipal, distincts de celui de l'État, quoique régis par les mêmes principes. En effet, l'État général, le département et la commune répondent également aux prescriptions du droit public et remplissent sur une sphère plus ou moins large les conditions indispensables à la bonne gestion des intérêts généraux de la collectivité, à l'administration des droits et des usages communs.

Bien que nous ayons jusqu'ici fort peu parlé des colonies, nous les avons représentées, à diverses reprises,

(1) Cf. Hauriou, *op. cit.*, 3^e éd., p. 637.

(2) Wodon, *Traité de la possession et des actions poss.*, t. II, p. 483.

comme susceptibles de posséder et comme détenant, en réalité un domaine public. Il faut justifier cette assertion.

L'état actuel de notre législation ne permet pas de mettre en doute l'existence dans les colonies de choses publiques, au sens étroit du mot, mais, et c'est en cela que réside la difficulté, il reste à rechercher quelles sont ces choses, en quoi elles consistent et aussi à déterminer si l'on doit les rattacher au domaine national ou les ériger en domaine public colonial. La première question ne saurait être étudiée dans ce chapitre. Contentons-nous de constater, à propos de la seconde, en nous plaçant au seul point de vue qui nous intéresse, que l'idée d'un domaine distinct ne soulève aucune objection de principe. Comme les départements et les communes, les colonies ont reçu une mission générale d'administration; elles possèdent même une autonomie plus complète, une vie locale plus développée, elles doivent donner satisfaction à un plus grand nombre de besoins et sont dotées, à cet effet, d'un organisme à la fois puissant et flexible qui leur permet de gérer, au mieux des intérêts généraux, les choses consacrées à l'utilité publique. Tout cela, d'ailleurs, n'est vrai que pour les colonies proprement dites. L'établissement d'Algérie ne constitue pas une personne administrative distincte de l'Etat français dont il est sous bien des rapports une simple prolongation; il ne peut donc y avoir un domaine algérien. Les pays de protectorat, à l'inverse, constituent eux-mêmes des États, soumis par définition à l'influence française, mais conservant leur qualité d'État (1).

(1) V° sur ces controverses : Dislère, *Traité de législation coloniale*, t. I, p. 607, n° 884; Girault, *Principes de législation coloniale*, p. 559 à 565, et aussi Hauriou, *op. cit.*, 3^e éd., p. 521 et 648.

Il ne nous est pas possible d'insister davantage sur ces questions, ni d'entrer dans le détail des controverses qui se sont élevées, depuis quelques années, au sujet de la portée des ordonnances du 26 janvier et du 17 août 1825. Ces controverses, d'autres plus autorisés l'ont dit avant nous, sont vaines et ne semblent pas destinées à aboutir à un résultat. Les colonies, interprétant largement les textes, ont dépouillé l'État de la presque totalité de son domaine, sans protestation de la part de celui-ci, et il n'est guère probable qu'un changement quelconque soit apporté aujourd'hui à cette situation déjà ancienne.

On doit se garder d'étendre de pareilles solutions aux autres catégories d'établissements publics ; malgré le terme générique sous lequel on les désigne, les fabriques, les hospices, les bureaux de bienfaisance, les menses curiales et épiscopales, les consistoires protestants et israélites, les sections et syndicats de communes, d'autres encore sont dans une situation moins favorisée que les départements et les communes. Ce ne sont plus des démembrements généraux de la nation ayant une véritable délégation des droits publics de l'État et, par suite, leur part de souveraineté ; ce sont des êtres de raison se rattachant, pour la plupart, au corps moral de la commune dont ils font partie intégrante, mais établis à un point de vue purement économique et privé. Ils n'exercent jamais que des droits dérivés, attribués et spéciaux. Les syndicats de communes mis à part, ils sont tous institués pour diriger la gestion d'un service particulier ou y coopérer. Leurs fonctions d'administration privée ne méritent pas le nom de fonctions administratives. Il faut, par conséquent, leur refuser une participation aux droits généraux, aux pou-

voirs publics de la société (1). Quelle conclusion en tirer ? Puisqu'ils sont doués de la personnalité civile, aucun obstacle ne s'oppose à ce que ces établissements aient un patrimoine qu'ils gèreront privativement, un domaine qui sera consacré à leur faciliter l'entier accomplissement de leur destination. Mais, les choses publiques devant être nécessairement gouvernées par voie d'autorité et de puissance, les fabriques, les hospices, les bureaux de bienfaisance et d'assistance, les menses curiales et épiscopales sont placés, en ce qui les concerne, sur le même pied que les simples particuliers et que les établissements d'utilité publique ; ne remplissant aucune des conditions exigées, ils ne sauraient en avoir l'administration et la possession. D'où résulte pour nous cette conséquence : il ne peut exister, il n'existe d'autre domaine public que celui qui appartient à l'État, aux départements, aux communes ou colonies (2).

La majorité des auteurs partage cette manière de voir ; il est loin cependant d'y avoir unanimité. Plusieurs admettent que les choses publiques peuvent indifféremment se trouver entre les mains de tous les établissements publics sans exception et leur principal argument est tiré du silence du législateur. Nous lisons dans un article inséré au *Répertoire* de Béquet : « Lorsque le Code civil veut déterminer les biens du domaine public, il se borne à déclarer que certains biens, quel qu'en soit le propriétaire,

(1) Bien que les syndicats de communes soient des organes d'administration générale, leur situation nous paraît trop se rapprocher de celle des autres établissements pour qu'ils aient un domaine public.

(2) Vo en ce sens : Ducrocq, *Des églises*, p. 24-33 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 637, et surtout Wodon, *Traité des choses publiques*, nos 15, 16, 82-93, et *Traité de la possession*, t. II, nos 392, 436 et 446.

sont du domaine public, c'est-à-dire inaliénables et imprescriptibles. Il ne spécifie nullement que l'État, les départements et les communes seuls peuvent détenir des biens du domaine public » (1). Cela n'est pas contestable, aussi n'est-ce pas dans un texte précis et formel que nous prétendons découvrir la solution du problème. Nous nous plaçons sur le terrain des principes, au point de vue rationnel, nous analysons, en les comparant, la notion du domaine public et celle de l'établissement public et nous disons que de ce rapprochement il résulte que les fabriques, les hospices et autres corps moraux de la même espèce, faute d'avoir des pouvoirs suffisants, ne sauraient posséder un véritable domaine public, parce que la conception qui a présidé à leur institution est trop étroite. Cette conception tend, il est vrai, à devenir de jour en jour plus élastique, elle s'est beaucoup élargie, surtout en ces dernières années, mais pas assez pour entraîner un développement correspondant de la théorie du domaine. Qu'importe, après tout, le silence malencontreux gardé par le législateur, si l'esprit de la loi et le sens général de ses dispositions sont suffisamment clairs pour permettre d'y suppléer, comme c'est ici le cas.

Nous avons réfuté, au chapitre précédent, les arguments à l'aide desquels un parti considérable dans la doctrine prétend établir que les choses publiques sont *res nullius* et repoussé une seconde opinion difficilement défendable qui fait de celles-ci des biens susceptibles d'appartenir propriétairement à des particuliers. Nous espérons avoir

(1) *Répertoire de Béquet, Culte*, t. IX, nos 1928 et 1929, p. 258; voir l'énumération de quelques autres auteurs partageant cette opinion dans notre chapitre sur les églises.

démontré que le domaine public est de la part des personnes administratives l'objet d'une propriété publique, au demeurant, de même nature que la propriété ordinaire. Ce sont des points acquis à la discussion, nous le croyons du moins, et il ne nous semble pas utile d'y insister davantage. Par conséquent, puisque les choses publiques sur le territoire continental de la France sont réparties entre l'État, les départements et les communes, il résulte de tout ce qui a été dit jusqu'ici que le domaine public est une fraction du domaine national, départemental ou municipal affectée à une certaine destination. Cette idée, pour être bien comprise, demande quelques développements.

Il importe, en effet, de faire une observation dont l'intérêt est particulièrement important en matière de domaine artificiel : du principe que les dépendances du domaine public sont objets de propriété de la part, soit de l'État, soit des départements, soit des communes, il ne résulte point que toutes les choses affectées à l'usage du public ou à un service public doivent nécessairement en faire partie et, à ce titre, appartenir à l'une des trois grandes unités administratives. La première condition, condition d'ailleurs indispensable, pour qu'un objet mobilier ou immobilier soit rangé au nombre des choses publiques, c'est que la personne morale dans le domaine de laquelle il s'agit de le faire entrer ait déjà le droit d'en disposer. L'État et pareillement les départements ou les communes ne peuvent donc imprimer le cachet de la domanialité publique qu'à une dépendance de leur patrimoine privé respectif, qu'à un bien sur lequel ils possèdent un droit de propriété préexistant. Si ce dernier leur fait défaut, ils sont contraints de l'acquérir, soit par les modes ordi-

naires du Code civil (achat, échange, donation, legs, etc.), soit par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique, avec paiement d'une juste et préalable indemnité. L'application des art. 538 et 540 est à ce prix (1).

En un mot, pour l'État lui-même comme pour les personnes morales privées et pour les simples particuliers, il ne saurait y avoir de propriété sans acquisition, ni d'acquisition en dehors des moyens indiqués par la loi. Cette règle préside également à la constitution des deux domaines et soulève en notre matière quelques questions controversées sur lesquelles nous devons nous expliquer.

On s'est demandé si les modes ordinaires d'acquérir ne peuvent être suppléés par la prescription et, ce premier point ne souffrant aucune difficulté, à quelles conditions celle-ci est soumise. D'après un petit nombre de jurisconsultes, la circonstance que le public use pendant trente ans d'une chose, comme si réellement elle avait un caractère domanial, suffirait à entraîner l'usucapion au profit des personnes administratives. Mais la grande majorité des auteurs pense, avec juste raison, qu'un usage public, même indéfiniment prolongé, demeure inefficace, inopérant, s'il n'est accompagné, souligné par une mainmise de l'autorité publique, par un fait non équivoque révélant chez la personne morale l'intention de se comporter en propriétaire, des travaux de viabilité par exemple. Dans ce cas là seulement, l'acte du public, en lui-même sans valeur, emprunte à cette prise de possession qui lui sert de base et qu'il continue le caractère d'une possession utile pour prescrire (2).

(1) V^o Wodon, *Traité des choses publiques*, nos 47 à 20.

(2) En ce sens : de Récy, *op. cit.*, n^o 453. La jurisprudence est par-

Il est, à l'inverse, une solution sur la légitimité de laquelle il semble qu'aucune contestation ne puisse s'élever. Lorsque l'affectation à l'usage de tous ou à un service d'utilité publique porte sur un bien appartenant à un particulier ou à une personne morale qui n'est pas susceptible d'avoir un domaine public, cette affectation, même réalisée, est impuissante à faire disparaître le droit des particuliers et à lui substituer une propriété publique. L'administration, en effet, n'est nullement autorisée à déclarer d'une manière arbitraire qu'une chose dépend du domaine public et à attenter à la propriété privée, en violant les règles et les formalités qu'un législateur prévoyant a édictées en vue d'en assurer la protection. Tant que ces conditions n'auront pas été remplies, le bien ne changera pas de nature ; il restera ce qu'il était auparavant, aliénable et prescriptible.

Nous avons supposé jusqu'ici que l'autorité avait procédé à l'affectation, sans y être autorisée par le propriétaire ; le contraire peut aussi se présenter. Il est possible que, tout en conservant sur la chose son droit de propriété, celui à qui elle appartient consente à l'affectation dont elle est l'objet, mais cette circonstance n'exerce aucune influence sur la question de domanialité. La solution reste la même. Peu importe, d'ailleurs, dans cette seconde hypothèse, comme dans la première, qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'un particulier ; peu importe qu'il s'agisse d'une affectation à l'usage public ou à un service admi-

tagée ; en notre sens, Rouen, 16 décembre 1842 ; *contra*, Cass., 31 décembre 1855 et 9 janvier 1872, ce dernier sur rapport conforme de M. Rau.

nistratif, car on peut également comprendre sous toutes ses formes l'usage public d'une propriété privée (1).

La rigueur des principes conduirait donc à décider que chaque fois qu'une chose mobilière ou immobilière est incorporée au domaine, sans qu'il ait été procédé auparavant à une acquisition régulière, cette chose ne peut revêtir un caractère domanial. La jurisprudence a cru devoir introduire, en matière immobilière, une dérogation que nous allons faire connaître.

Elle admet que, si des travaux ont été exécutés sur les terrains ainsi incorporés, ceux-ci ne sauraient donner lieu à une action en délaissement qui entraînerait en pure perte la destruction des travaux. Le propriétaire, dans ce cas particulier, ne sera pas reçu à agir en revendication, mais seulement à réclamer une indemnité pour la dépossession dont il est victime, solution qu'il est difficile de justifier en droit, mais qui s'explique fort bien par des considérations de fait (2).

2^e — Il faut, en second lieu, pour qu'on ait le droit d'ajouter une chose à la liste des dépendances du domaine public, que cette chose ait reçu une affectation, perpétuelle ou non à l'utilité publique entendue dans son sens le plus large (3). Cette condition se trouve donc réalisée par une simple affectation à un service public comme par le fait d'une destination à l'usage direct et immédiat du public.

Nous n'avons pas à indiquer ici pourquoi le caractère de perpétuité n'est point indispensable, cette démonstra-

(1) *Pandectes belges, Répertoire, Domaine public.*

(2) En ce sens : de Récy, *op. cit.*, n^o 459; voir parmi les arrêts les plus récents : Cass., 28 mars 1878 (D. 78. 1. 13).

(3) Vo cependant *infra*, p. 240.

tion ayant déjà été faite dans une précédente section. Bornons-nous à établir, ainsi que nous l'avons plusieurs fois affirmé, qu'au point de vue de la domanialité les deux sortes d'affectation doivent produire des résultats analogues. La chose est délicate ; elle constitue la partie essentielle en même temps que la principale difficulté de notre travail, car elle domine toute la question de classement. Nous ne désespérons pas cependant d'y réussir en reprenant pour notre propre compte les arguments à l'aide desquels les partisans de l'opinion adverse s'efforcent d'étayer leurs solutions, en nous plaçant, comme eux, sur le terrain rationnel et sur celui de la législation positive.

Si l'on envisage la question sous le premier aspect, si l'on veut bien examiner, sans parti pris, en quoi consistent l'affectation à un service public et l'affectation à l'usage de tous, on ne tarde pas à s'apercevoir qu'une partie de la doctrine a fort exagéré les différences qui les séparent. Ces deux locutions d'« usage public » et de « service public » que l'on prétend opposer l'une à l'autre répondent, en réalité, à deux modes de jouissance des choses domaniales entre lesquels existe non pas un abîme, mais une simple nuance, une différence du moins au plus tenant moins à la nature des choses affectées qu'à celle des services en vue desquels l'affectation a eu lieu. Dans certains cas, en effet, il suffit que la chose soit mise effectivement à la disposition du public, pour que celui-ci puisse en retirer toute l'utilité dont elle est susceptible, pour qu'il puisse en jouir d'une manière conforme à sa destination ; le public, en un mot, n'a nul besoin de recourir à un intermédiaire et l'on dit alors qu'il y a affectation à l'usage de tous. Parfois, au contraire, il est de nécessité absolue que l'administration agisse au nom de tous, prenne en

main les intérêts du public, serve d'intermédiaire obligé entre la chose et lui ; par lui-même, par lui seul, ce dernier reste incapable d'atteindre le but que poursuit l'autorité, en imposant une destination spéciale à une dépendance du domaine. Cela se produit chaque fois que l'on est en présence d'une affectation à un service public. Mais, quelle que soit l'hypothèse en face de laquelle on se trouve, l'affectation domaniale n'en est pas moins faite en vue de l'utilité publique, de l'intérêt général ; c'est à des besoins de même nature au fond qu'elle doit donner satisfaction, directement dans un cas, indirectement dans l'autre.

Bien mieux, si l'on conserve aux expressions de service public et d'usage public l'acception restreinte que leur prêtent la doctrine et la jurisprudence la plus récente, il n'est pas exact qu'une partie du domaine national, départemental, communal ou colonial soit exclusivement affectée à un usage public, qu'une autre soit consacrée à des services publics, sans l'être en même temps à l'usage de tous. Les choses appartenant à la première catégorie, les rues et places des villes, les routes, les canaux, les ports, les fleuves navigables ou flottables se trouvent affectés au service de la vicinalité, de la navigation ou à tout autre ; n'est-ce pas de la dernière évidence ? Quant à celles que l'on dit affectées à un service public, par exemple les ministères, les préfectures, les mairies, maisons d'école, palais de justice, la destination qu'elles ont reçue restreint la jouissance des particuliers, mais ne la supprime pas. Au lieu d'être libre pour tous et en tout temps, l'entrée de ces édifices n'est permise qu'à certaines heures ou même qu'à certains individus ; elle est réglementée par mesure d'ordre ou de police, comme l'accès des chemins de fer

qui reste interdit aux personnes non munies de billets, comme l'entrée des squares et des jardins publics dont les portes sont fermées pendant la nuit, sans que personne ait pour cela songé à leur dénier la qualité de dépendances du domaine public (1).

De tout ceci, il ressort que, dans un certain sens, l'affectation d'un édifice à un service d'utilité publique a pour résultat de le consacrer à un usage public. Le public, en effet, selon l'observation fort exacte d'un savant professeur, M. Bressolles, peut jouir des choses soit en en usant directement pour son plaisir et son utilité, comme d'une promenade, d'une église, etc., soit en y ayant un libre accès pour recourir à un service qui s'y trouve installé dans son intérêt » (2). Ce qui est vrai pour les édifices publics le demeure, d'ailleurs, pour toutes les choses mobilières ou immobilières grevées d'une semblable destination, aussi dirons-nous avec l'auteur de notre dernière citation que « l'affectation au service public est un moyen d'assurer l'usage public » de certaines fractions du domaine.

Après ce rapide exposé, après ces constatations, on n'est pas encore autorisé à conclure d'une manière absolue que les deux sortes d'affectation doivent être pleinement assimilées au point de vue du classement domanial, mais dès à présent on est en mesure d'affirmer que, s'il n'en est pas ainsi, c'est parce que le législateur a arbitrairement introduit dans nos Codes une distinction que les principes généraux du droit sont impuissants à jus-

(1) Voir sur tous ces points : Lamache, article précité, *Revue critique*, 1865, t. XXVII, p. 13-37, et la note de Cazalens sous l'arrêt de la cour de Lyon du 4 f. 1875. D. 77. 2. 161 et suiv.

(2) V^o *Journal de droit administratif*, t. XI, p. 117-121.

tifier. Nous voici donc arrivés au second aspect de la question.

Nous nous sommes attachés à démontrer, en réfutant le système de M. Ducrocq, que, depuis l'apparition du Code civil, depuis 1804, il n'est pas un seul texte législatif, ni le décret-loi du 24 mars 1852, ni un autre, susceptible de fournir un point d'appui à la thèse présentée par nos adversaires. Pour que la démonstration soit complète, pour en avoir fini avec la justification de notre système, il ne reste, par conséquent, qu'à restituer à l'art. 540 sa véritable signification.

Disons-le tout de suite, rien, ni dans leur texte, ni dans l'histoire de leur rédaction, ne peut autoriser l'interprète à prétendre que les deux art. 538 et 540 du Code civil n'ont pas la même valeur. C'est pourtant ce qu'on fait lorsqu'on vient soutenir, sans preuves à l'appui, que, dans la recherche du critérium de la domanialité, le second ne compte pas, étant une pure dérogation aux principes, et qu'il faut s'attacher uniquement aux éléments de solution fournis par le premier.

Nous croyons, au contraire, que les deux textes ont à tous égards une égale portée, que l'énumération contenue dans chacun d'eux est énonciative et que le seul critérium possible réside dans la réunion des caractères communs à toutes les dépendances du domaine par eux citées. Ces caractères, quels sont-ils? Il suffit de parcourir les art. 538 et 540 pour se rendre compte qu'il n'y en a qu'un, la destination à l'utilité publique réalisée soit par la consécration à un service public, soit par l'affectation à l'usage public *stricto sensu*. La chose nous semble indiscutable; mais, pour avoir le droit d'affirmer que telle est bien la caractéristique de la domanialité, nous devons éta-

blir l'exactitude de ce que nous avons avancé tout à l'heure relativement à l'art. 540. Vu l'intérêt qui s'attache à la solution de cette controverse, quelques développements sont indispensables.

Nous allons, tout d'abord, nous efforcer de démontrer que les travaux préparatoires du Code civil, que les précédents historiques de la période révolutionnaire si souvent présentés par les adversaires de notre système comme favorables à leur interprétation des art. 538 et 540 rendent cette dernière absolument inacceptable et constituant, par suite un argument de premier ordre en faveur de la thèse que nous défendons.

Les apparences cependant sont contre nous. Les articles 538 et 540 étant tous deux empruntés au décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, l'un, le premier, à l'art. 2, l'autre à l'art. 5, il semble qu'en ce qui concerne la domanialité publique le Code civil ait voulu se référer aux solutions contenues dans le célèbre décret et, par conséquent, faire de l'art. 540 un texte spécial, exceptionnel comme son équivalent, l'art. 5. Ce raisonnement est celui de nos adversaires, celui notamment de MM. de Récy et Saleilles; mais, quelque séduisant qu'il puisse paraître sous la plume de ces savants jurisconsultes, nous croyons devoir le repousser.

Il faut, pour interpréter sainement les deux art. 538 et 540, se rappeler quelle a été la marche suivie en cette matière par la législation intermédiaire et tenir compte des changements survenus entre 1790 et 1804 dans la composition du domaine public ou plus exactement du domaine national indisponible.

Sans doute, sous l'empire du décret du 22 novembre, il n'y a d'inaliénables parmi les biens affectés à un service

public que ceux qui se trouvent mentionnés dans l'art. 5. La mise hors du commerce que ce texte sous-entend, s'il ne la mentionne pas en termes exprès, constitue une véritable dérogation au droit commun. Exceptionnelle, elle doit être entendue, de même que toutes les dispositions de cette nature, dans son sens le plus strict ; on ne saurait, par conséquent, l'étendre par voie d'analogie à autre chose qu'aux « murs et aux fortifications des villes entretenus par l'État et utiles à sa défense ». Seul l'art. 2 a une portée générale d'application, seule l'énumération qu'il contient n'est pas limitative et demande à être complétée au moyen des éléments que l'analyse juridique fournit à l'interprète.

Mais, ainsi que nous l'avons montré dans la partie historique de notre travail, une répartition plus rationnelle des dépendances du domaine national ne tarde pas à avoir lieu. Bientôt le législateur assimile au point de vue de leurs effets les deux sortes d'affectation. Dès le mois de juin 1793, en effet, un décret, dont les solutions sont confirmées par plusieurs textes de date postérieure, place sur la même ligne les choses destinées à la jouissance directe et immédiate du public et les bâtiments ou terrains consacrés à un service d'utilité générale. Telle est la législation en vigueur au moment de l'apparition du Code civil.

Le raisonnement de nos adversaires revient à dire qu'en 1804 il se produit une brusque réaction, un retour en arrière, qu'après avoir mis expressément hors du commerce toutes les dépendances immobilières du domaine national « affectées au service public » le législateur a voulu limiter cette indisponibilité, comme en 1790, à certains ouvrages de défense militaire.

Nous ne croyons pas, quant à nous, que le fait d'avoir puisé la trame de chacun des art. 538 et 540 dans le décret de l'Assemblée constituante soit assez significatif, pour qu'on puisse prêter aux rédacteurs du Code civil une intention pareille. Un semblable changement dans la composition du domaine public, une transformation aussi profonde n'auraient pas passé inaperçus; s'ils avaient eu lieu, comme on le prétend, les débats publics y feraient certainement quelque allusion, on en trouverait quelques traces dans les discours prononcés, lors de la discussion des articles, par les différents orateurs ou dans les rapports qui nous sont parvenus. Or, non seulement les travaux préparatoires du Code civil restent muets à cet égard, mais, bien qu'ils n'aient pas autant de netteté qu'on pourrait le souhaiter, ils sont plutôt favorables à notre interprétation.

Nous hésitons à nous prévaloir, comme l'ont fait plusieurs auteurs et notamment M. Wodon (1), de ce passage de l'exposé des motifs sur les art. 537 et 538 où Treilhard, invoquant les souvenirs du droit romain, range parmi les choses hors du commerce « celles qui appartiennent aux communautés d'habitants, comme les théâtres et autres établissements de cette espèce » (2). Cette déclaration, sans nul doute, a bien son importance; elle montre que, dans la pensée de Treilhard, certains édifices, ceux où le public a libre accès, peuvent revêtir les caractères de la domanialité publique. Il n'en est pas moins certain, à notre sens, que le célèbre jurisconsulte n'entendait les soustraire

(1) V^o Wodon, *Traité de la possession et des actions possess.*, t. II, n^o 454.

(2) V^o Loaré, l. II, t. I, part. II, nos 48 et 49.

à l'empire du droit privé que par une fausse application de l'art. 538 et parce que ces édifices lui semblaient affectés à l'usage de tous. Si telle n'avait pas été sa pensée, s'il avait réellement songé, en écrivant les lignes que nous venons de transcrire, à l'art. 540, aurait-il fait appel aux solutions admises en droit romain, à une époque où l'affectation à un service public n'emporte pas avec elle la domanialité, où celle-ci suppose la possession de la chose par le public, l'usage effectif par tous ou à la portée de tous, en un mot l'« *usus publicus* » ? Évidemment non.

A quoi sert, d'ailleurs, de multiplier les arguments et pourquoi ne pas se contenter de l'assimilation que ce même Treilhard établit, à propos de l'art. 650, entre les chemins publics et les édifices publics, en des termes d'une généralité telle que les simples bâtiments d'administration, ministères, préfectures ou autres, s'y trouvent certainement englobés ? « Un chemin est-il à faire, un édifice est-il à construire ? La propriété particulière cède moyennant indemnité au besoin général ; le projet n'en parle que transitoirement et s'occupe spécialement des servitudes qui, de leur nature, se rattachent à l'état habituel des propriétés particulières entre elles (1) ». C'est donc que l'art. 540 a, lui aussi, une portée générale d'application dans la pensée de l'un des principaux rédacteurs du Code civil, de l'un des jurisconsultes les plus autorisés du commencement du siècle.

La démonstration serait complète au point de vue historique si les auteurs qui demandent au seul art. 538 le critérium de la domanialité publique ne présentaient pas

(1) Locré, l. II, t. IV, part. II, n° 9.

la question sous un tout autre jour. Ces auteurs, et parmi eux M. Saleilles, dont nous avons déjà exposé le système, estiment que les édifices et les terrains déclarés inaliénables par les décrets du 9 germinal an V et du 26 vendémiaire an VII ne sont soustraits au commerce qu'à titre exceptionnel, comme les murs et les fortifications des villes, en 1790. Loin d'introduire dans la législation intermédiaire un principe nouveau, loin de modifier le critérium de la domanialité publique en assimilant les deux sortes d'affectation, ces textes n'apporteraient que de nouvelles dérogations au droit commun.

M. Saleilles néglige de justifier cette assertion, mais il s'appuie, sans doute, sur ce fait que les décrets précités ne visent parmi les choses domaniales affectées à un service public que quelques-unes d'entre elles, les immeubles, et que ni l'un, ni l'autre ne contient une disposition générale, une formule semblable à celle de l'art. 2 du décret de novembre 1790 (1).

Il est certain, en effet, et nous ne faisons aucune difficulté pour le reconnaître, que, si nous en étions réduits comme argument à celui que peuvent fournir les décrets du 9 germinal an V et du 26 vendémiaire an VII, la théorie que nous présentons serait à peu près insoutenable. Mais nous n'avons jamais invoqué ces deux textes qu'à titre purement subsidiaire et c'est l'art. 5 du décret du 10 juin 1793 qui a servi dans l'histoire et qui sert encore de base à notre raisonnement. L'argumentation de nos adversaires ne tient aucun compte de cet article ; on le passe sous silence. C'est sur lui cependant que nous prétendons échafauder notre système. Essayons donc de

(1) Cf. *Revue bourguignonne*, 1891, p. 683.

démontrer qu'en plaçant la discussion sur ce terrain nous échappons à toutes les objections que nous avons signalées.

Il suffit pour cela de comparer la seconde partie de notre texte, la seule qui soit relative au sujet, à l'art. 2 de la grande loi domaniale de 1790. Comment, en effet, ne pas être frappé du soin avec lequel le législateur de 1793 copie son devancier ! Même formule générale terminant l'article, même énumération, avec cette seule différence que l'une d'elles comprend les bâtiments et les terrains affectés à un service public. On doit, par conséquent, si l'on veut être logique, user, en ce qui concerne l'art. 5, du mode d'interprétation dont on se sert à l'égard de l'art. 2 pour découvrir le sens de l'expression « portions du territoire national non susceptibles de propriété privée » : il faut rechercher quels sont les caractères communs aux dépendances du domaine nommément citées dans cet article et dire que la formule finale vise toutes les choses présentant ces mêmes caractères. La conclusion sera que doivent bénéficier de l'indisponibilité les portions du territoire qui sont affectées à l'utilité publique, soit directement par une destination à l'usage effectif de tous, soit indirectement par une affectation à un service public.

L'art. 5, il est vrai, pas plus que les décrets de l'an V ou de l'an VII, ne prononce expressément la mise hors du commerce d'aucun objet mobilier, mais il ne fait en cela que suivre l'exemple de l'art. 2. Par conséquent, si l'on admet que les meubles affectés à un usage public sont indisponibles en vertu du décret du 22 novembre 1790, malgré le silence du législateur, et bien que les mots « portions du territoire » ne paraissent se référer qu'à des immeubles,

on ne peut se refuser à adopter la même solution, après 1793, en ce qui concerne les meubles domaniaux simplement consacrés à un service public.

Nous croyons, au surplus, que les lois de la période révolutionnaire auraient-elles la portée que leur prête la théorie de M. Saleilles, la conclusion à laquelle aboutit le savant professeur n'en devrait pas moins être repoussée. Les rédacteurs du Code nous paraissent avoir manifesté dans le texte de l'art. 540 la volonté de mettre sur un pied de parfaite égalité les choses énumérées par cet article et les dépendances du domaine public mentionnées dans l'art. 538.

Après avoir déclaré que le domaine public comprend les choses non susceptibles de propriété privée, telles que routes, fleuves, rivages, etc., le législateur de 1804 ne dit pas que cependant ou néanmoins les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et des forteresses doivent être rattachés au même domaine, ainsi qu'il n'eût pas manqué de le faire si l'art. 540 avait apporté une dérogation au droit commun, au lieu d'en être une application. Il dit que ces ouvrages de défense « font aussi partie du domaine public. » Cela revient à disposer, puisque l'adverbe de comparaison aussi est synonyme de pareillement qu'ils en font partie dans les mêmes conditions, au même titre et pour les mêmes motifs que les autres objets précédemment indiqués, parce qu'ils réunissent, comme ces derniers, tous les caractères exigés et répondent également au critérium de la domanialité publique.

Nous ferons remarquer, à ce propos, que, s'il est impossible à nos adversaires de rapporter un seul texte où les deux termes d'usage public et de service public soient entendus par le législateur dans le sens spécial et exclusif

que leur prête une partie de la doctrine, nous pouvons en citer plusieurs où ces expressions paraissent indifféremment employées l'une pour l'autre. Sont de ce nombre les lois municipales, notamment la loi du 18 juillet 1837, par ses articles 5 et 6, et celle du 5 avril 1884, par son art. 7, alinéa 4, déjà reproduit dans le chapitre précédent. Les mots « usage public » que l'on trouve dans chacun de ces articles ne peuvent, en effet, se référer qu'à une affectation à un service public, parce qu'il n'y a parmi les immeubles communaux aucun « édifice servant à un usage public », pas même les halles et marchés, pas même les églises, ainsi qu'il résulte des explications présentées sur ce sujet par M. Saleilles.

N'avons-nous pas, dès lors, le droit de conclure que l'art. 540 est le complément de l'art. 538 et doit être combiné avec celui-ci, que, le premier de ces textes donnant à propos de forteresses un exemple de bâtiments affectés à des services publics, toutes les choses domaniales ayant reçu une destination semblable doivent entrer dans la catégorie des dépendances du domaine public. C'est, d'ailleurs, le véritable, le seul moyen d'expliquer la présence de l'art. 540 dans le Code civil. Nous ne croyons pas, en effet, malgré les affirmations intéressées des adversaires de notre théorie, que les nécessités exceptionnelles de la défense nationale suffisent à justifier le traitement particulier dont bénéficient dans leur système les portes, murs, fossés et remparts, à expliquer une pareille dérogation aux principes. La conservation de ces portes, de ces murs, de ces remparts, parfois sans valeur ou sans utilité pratique, n'importe pas plus à la défense du pays que celle de l'hôtel du ministère de la guerre où sont centralisés les services intéressant l'administration de l'armée, les plans

et les règlements de mobilisation, que celle des casernes, des arsenaux. Le législateur de 1804, tout le monde le reconnaît, n'a pu se faire aucune illusion sur ce point et cependant, avec le système de M. Ducrocq, comme dans celui que préconise M. Saleilles, la domanialité publique reste enfermée dans les termes de l'art. 540 et, par conséquent, ne saurait être étendue à ces bâtiments de la rue Saint-Dominique, à ces casernes, à ces arsenaux qui seuls, avec les exigences de la guerre moderne, peuvent assurer l'intégrité du territoire national. Est-ce rationnel ? Comment supposer, enfin, que les rédacteurs du Code civil, que le futur empereur, avec sa lucidité d'esprit et sa perspicacité habituelles, avec sa perception généralement si nette des besoins de son époque, des besoins de cette France nouvelle que venait de lui léguer la Révolution et que lui-même avait déjà réorganisée administrativement, n'aient pas compris que, si la sûreté extérieure est indispensable à la prospérité et au développement économique de tous les peuples, il y a dans un grand pays comme la France d'autres aspirations également légitimes à satisfaire, des services publics aussi importants que ceux chargés de pourvoir à sa défense contre l'étranger, d'autres édifices publics que les édifices militaires ?

Voilà bien des arguments qui militent en faveur de la thèse que nous défendons, mais le meilleur est peut-être l'extrême facilité avec laquelle la grande majorité des auteurs, se rattachant à l'opinion adverse, ont renoncé à leur rigorisme accoutumé en faveur de toute une catégorie de biens domaniaux affectés à un service public auxquels les termes de l'art. 540 restent absolument étrangers. A part de très rares exceptions que nous ferons connaître dans la partie de notre étude plus spécialement réservée à

la condition juridique des édifices consacrés au service du culte, tout le monde admet, presque sans discussion, que ces biens domaniaux, les églises, constituent des dépendances incontestables du domaine public. Les motifs ou plutôt les prétextes à l'aide desquels on cherche à expliquer une pareille dérogation aux principes dans le système qui prend l'affectation à un usage public pour critérium de la domanialité publique sont d'ordre très différent. On invoque les solutions admises dans notre ancien droit français qui, on paraît l'avoir oublié, ne peut cependant exercer aucune espèce d'influence sur cette question, puisque les raisons sur lesquelles il fondait l'indisponibilité des églises ont disparu avec l'ancien régime, avec la sécularisation des *res divini juris* (1). On argue de l'art. 12 du Concordat qu'on représente comme un texte analogue à l'article 540, un texte apportant en faveur des édifices du culte une nouvelle dérogation à l'art. 538, et surtout de ce fait que, le public y ayant libre accès à toute heure du jour, il semble, par conséquent, qu'ils soient affectés à l'usage de tous et que l'art. 538 leur soit applicable. — Disons le sans plus tarder, ces arguments n'ont pas une grande valeur et ne méritent guère qu'on s'attache à les réfuter. L'art. 12 du Concordat, nous le démontrerons par la suite avec quelques détails, édicte une pure mesure de police, la mise des églises à la disposition des évêques ; ce texte manifestement étranger au sujet qui nous occupe ne peut donc, à aucun titre, être invoqué dans la controverse. En ce qui concerne le dernier point de vue, nous le savons déjà, la situation faite aux églises ne diffère en rien de

(1) V^o *Revue critique*, 1865, t. XXVII, Lamache, article précité, p. 31 et 32.

celle de la plupart des bâtiments publics, des halles, des marchés ouverts, des palais de justice ; ces édifices sont aussi largement ouverts aux particuliers et cependant le même accord a été bien loin de se manifester, lorsqu'il a fallu trancher à leur égard la question la question de domanialité. Voilà, par conséquent, une catégorie importante de bâtiments domaniaux qui bénéficient dans la théorie que nous combattons d'un classement tout exceptionnel, d'un traitement de faveur ; voilà un lot nombreux d'édifices publics soustrait à l'application du droit commun pour des motifs qui ne supportent pas l'examen. De savants professeurs, des juristes ayant le souci de la logique admettent une pareille solution ; cela étonne au premier abord, mais cela s'explique cependant. Les arguments que nous venons d'exposer ne sont, en effet, dans la réalité, que des prétextes destinés à colorer une concession de détail à notre système (1). On a senti que la destination d'utilité publique des églises est tellement évidente qu'elle impose l'indisponibilité absolue de ces édifices ; on a compris que la domanialité publique est ici, selon le langage de la Cour suprême, un « principe supérieur d'ordre et de droit public », c'est-à-dire une véritable nécessité. Pour arriver à cette conclusion, pour parvenir à masquer et à rendre acceptable une dispense de texte qui constitue un hommage à notre théorie on n'avait pas le choix des moyens. Il fallait concilier, en l'absence de tout élément de conciliation, une solution en quelque sorte forcée avec la rigueur du principe que nos adversaires prétendent maintenir malgré tout, tâche ingrate, s'il en fût, impossible à réaliser, mais qu'ils ont entre-

(1) V° M. Hauriou, *op. cit.*, 3^e éd., p. 633 et 634.

prise, faute de s'apercevoir que les raisons d'ordre et de droit public qui militent dans le sens de la domanialité publique des églises, peuvent être invoquées en faveur de tous les biens domaniaux affectés comme elles à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général. Le culte public constitue, en effet, au point de vue civil, un service d'État analogue à tous les autres et les édifices qui lui sont consacrés ne sont, en définitive, pour le droit administratif que de simples bâtiments publics. Pourquoi, dès lors, se rallier à un système dans lequel on est entraîné par une pente presque fatale à méconnaître cette vérité et à détourner les textes de leur sens normal. Combien il est plus logique et plus simple à la fois de reconnaître avec nous que toute affectation à l'utilité publique d'une dépendance du domaine de l'État, des départements, des communes ou des colonies suffit, même en l'absence d'une disposition législative expresse, pour emporter avec elle la domanialité publique ?

D'autres considérations ont été signalées par certains auteurs comme pouvant servir d'appui à cette démonstration qui, à notre avis, se suffit amplement à elle-même et n'a nul besoin d'être fortifiée. C'est ainsi que M. Lamache, dans sa réponse au *Traité des édifices publics* de M. Ducrocq (1), et, après lui, M. Cazalens s'emparent du rapport supplémentaire de M. de Voize sur la loi du 1^{er} juin 1864 et font remarquer que, la lecture de ce rapport n'ayant soulevé en séance publique aucune protestation, le Parlement, par son silence, semble avoir fait siennes les opinions qui y étaient contenues et leur avoir donné en quelque sorte, lors du vote de la loi, une consé-

(1) V^o Cass., 5 déc. 1838, S. 39. 4. 33,

cration législative. Or, M. de Voize pose avec la dernière énergie le principe de la domanialité des édifices consacrés à un service public, il insiste sur cette idée avec complaisance et la reprend à des dates différentes, montrant ainsi qu'une pareille affirmation n'a pas échappé à sa plume et constitue de sa part la manifestation d'une opinion absolument raisonnée.

« Le domaine public, dit-il, est celui qui n'est pas susceptible de propriété privée ; il se compose des immeubles qui servent à l'usage public, tels que les fleuves, les rivières, les routes, les hôtels affectés aux divers ministères, les fortifications ; ces biens sont inaliénables et imprescriptibles » (1). Continuant à développer sa pensée, le rapporteur ajoute dans un autre passage : « Il ne saurait être question de soumettre à votre autorisation (autorisation du Corps législatif) que : 3^e les terrains et portions de terrains, les bâtiments qui, devenus inutiles au service, passent du domaine public dans le domaine de l'État et deviennent ainsi susceptibles d'être aliénés » (2). Quelques lignes plus loin, il divise ces bâtiments en édifices publics et bâtiments militaires pour bien montrer que l'énumération de l'art. 540 ne lui semble pas limitative.

Les déclarations de M. de Voize sont, en effet, absolument catégoriques, aussi formelles qu'on peut le souhaiter ; elles n'ont pas cependant, elles ne peuvent avoir la portée que leur prêtent MM. Lamarche et Cazalens. Ainsi que l'observe fort judicieusement M. Ducrocq, le législateur de 1864 n'avait à se préoccuper que des ventes doma-

(1) V^e le supplément au *Moniteur universel* du 29 mai 1864, annexe c, *Corps législatif*, p. 10, 1^{re} et 2^e colonnes.

(2) *Moniteur* du 28 avril, p. X, 2^e colonne.

niales ; il ne s'est pas proposé de réglementer, une fois pour toutes, le classement des édifices publics et de mettre un terme aux controverses que cette question a fait naître (1). Les mentions relatives à ce sujet, qui sont contenues dans le rapport présenté au nom de la commission par M. de Voize, n'empruntent, par conséquent, aucune force, aucune consécration au vote définitif de la loi, puisque ce vote ne s'y réfère en aucune mesure. Elles n'ont qu'une importance purement doctrinale, d'autre autorité que celle qui s'attache aux opinions personnelles des jurisconsultes qui les ont émises ou du moins approuvées. Elles permettent d'ajouter M. de Voize et ses collègues de la commission à la liste déjà longue des partisans de la thèse que nous défendons, mais ne constituent pas, à proprement parler, un nouvel et dernier argument en sa faveur.

Nous ne croyons pas, à plus forte raison, que notre théorie puisse se prévaloir du droit incontestable qu'ont les personnes administratives d'acquérir, par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique, les constructions particulières qu'elles veulent transformer en édifices publics ou les terrains sur lesquels elles projettent d'élever ces édifices. Les choses acquises de cette manière ne deviennent pas, en effet, par le fait même de l'expropriation, des dépendances du domaine public (2). Elles tombent d'abord dans le domaine privé de la personne administrative et parfois n'en sortent pas ; en tout cas, elles ne passent dans le domaine public que si elles sont l'objet

(1) V^o *Revue critique*, 1865, t. XXVII, réponse de M. Ducrocq à M. Lamache, p. 346, et *Traité des ventes domaniales*, nos 299 et 308.

(2) V^o Hauriou, *op. cit.*, 3^e éd., p. 703 note 2 et p. 741 note 1.

d'une affectation subséquente à l'utilité publique. Il n'y a donc pas entre les modes d'acquérir de puissance publique et cette seconde branche du domaine le lien qu'on suppose ; le raisonnement, par conséquent, ne porte pas.

A défaut de la loi du 4^{er} juin 1864, à défaut de la faculté qu'ont l'État, les départements et les communes de recourir à l'expropriation, ne sommes nous pas tout au moins en droit d'invoquer comme argument l'ordonnance royale du 24 juin 1833 qui régit encore l'affectation à un service public des immeubles appartenant à l'État, puisque le décret du 24 mars 1852 lui a restitué son autorité première ? Les formes de cette affectation sont déterminées avec le plus grand soin ; elle ne peut résulter que d'une ordonnance insérée au *Bulletin des Lois* et concertée entre le ministre qui la réclame et le ministre des finances. Dès lors, une question se pose : cette double exigence, cette double nécessité de l'insertion au *Bulletin* et de l'avis du ministre des finances, gardien de la fortune publique, ne sont-elles par la preuve qu'il ne s'agit pas là d'un simple acte d'administration intérieure, mais bien d'un acte qui modifie gravement la composition du domaine national ? Ne témoignent-elles pas que, par le seul fait de son affectation à l'intérêt général, l'édifice doit, dans la pensée du législateur de 1833, passer du domaine privé où il était placé sous la surveillance et l'autorité du ministre des finances dans le domaine public où il échappe à la direction propre et exclusive de ce même ministre, pour être réparti entre les divers départements ministériels ?

L'affirmative est adoptée par un petit nombre d'auteurs et notamment par M. Lamache (1). Nous ne partageons

(1) V^o Lamache, article précité de la *Revue critique*, p. 33.

point d'une façon absolue cette manière de voir; ceci demande à être expliqué. Nous qui, comme M. Lamache, allons chercher le critérium de la domanialité dans une affectation à l'utilité publique et croyons qu'à toutes les époques ce système a été celui du législateur, nous demeurons persuadés que le mobile auquel ont obéi les rédacteurs de l'ordonnance de 1833 est bien celui qui vient d'être signalé. Mais nous devons reconnaître que cette explication ne s'impose en aucune manière. Ne peut-on répondre, en effet, que l'insertion au *Bulletin des Lois* est à elle seule dépourvue de toute signification? Que l'intervention du ministre des finances et d'un second ministre peut avoir été exigée uniquement parce que l'affectation d'un immeuble à un service public, même si elle n'emporte pas la domanialité publique, reste un acte fort important qui demande à être accompli en pleine connaissance de cause, un acte pour lequel il n'y a pas trop de la coopération de celui qui doit effectuer la remise de la chose et de celui qui doit en prendre possession (1)? Il nous semble imprudent de laisser reposer, même d'une façon subsidiaire, notre théorie sur une base aussi fragile.

Que font, en effet, M. Lamache et tous ceux qui ont marché sur ses traces? Pour les besoins de la cause qu'ils défendent et que nous défendons aussi, ils choisissent de deux interprétations également admissibles celle qui est le plus favorable à notre thèse, chose fort naturelle, mais la présentent, en outre, comme un argument de premier

(1) L'affectation à un service public, à défaut de la domanialité publique, entraînera toujours l'indisponibilité de fait de l'immeuble sur lequel elle portera.

ordre en faveur de cette thèse. Agir de la sorte, c'est prendre véritablement l'effet pour la cause, c'est affaiblir, comme à plaisir, la valeur de tous les raisonnements sur lesquels repose notre système, en donnant à nos adversaires une arme pour le combattre. Mieux vaut s'en tenir en fait d'arguments de texte à ceux que nous fournissent le Code civil et les lois de la période révolutionnaire, en fait de considérations rationnelles à un rapprochement, à une comparaison entre les deux sortes d'affectation. Sur ce terrain, notre théorie défie tous les assauts et reste, à notre sens, absolument inattaquable.

Nous avons, en effet, une double réponse à adresser à ceux qui nous objecteraient que l'affectation à un service public n'est pas suffisamment absorbante pour entraîner la domanialité publique. Nous leur dirons, et c'est une réponse péremptoire, que le législateur de 1804 a tranché la question dans les art. 538 et 540, en mettant les deux affectations sur un pied d'absolue égalité, mais que, ne l'eût-il pas fait de façon aussi expresse, la même solution devrait encore être admise. Les différences plus apparentes que réelles qui existent entre elles ne sont pas, croyons-nous, assez profondes pour déterminer et produire des effets opposés, surtout avec le système que nous avons admis relativement à la nature du domaine public. La domaniabilité publique n'étant pas une inaptitude absolue à la propriété, mais seulement à la propriété privée, toute affectation à un service public nous paraît suffisante pour entraîner cette inaptitude.

Le moment nous semble venu de présenter une observation à laquelle nous n'avons pu donner jusqu'ici les développements qu'elle comporte. Si nous savons déjà par l'étude des systèmes de MM. Ducrocq et Saleilles en quoi

consiste ce que la doctrine qualifie de destination à l'usage public, nous ignorons encore ce qu'il faut entendre par les mots affectation à un service public. Cette dernière expression, nous le remarquerons en passant, devrait être employée comme synonyme d'affectation à l'utilité publique, puisqu'elle englobe l'affectation à l'usage public qui en est une pure variante ; c'est le sens que nous allons lui prêter.

A notre avis, il convient d'opposer au service public ainsi entendu le service d'utilité publique. Tandis que le premier peut être défini une organisation créée et soutenue par l'État ou l'un de ses membres, département, commune, colonie, établissement public, en vue d'un besoin collectif, le second est institué en vue du même objet par un établissement d'utilité publique, c'est-à-dire par une personne administrative qui n'a reçu de l'État que la reconnaissance d'utilité publique. Malgré l'identité du but poursuivi, nous croyons que l'affectation d'une chose domaniale à un semblable service ne fait pas entrer celle-ci dans le domaine public. Il faut remarquer, en effet, que le Code civil ne donne pas d'exemple d'une chose ainsi affectée et qu'il ne saurait être suppléé à ce silence absolu des textes, la domanialité publique étant de droit étroit et de stricte interprétation.

La théorie que nous avons exposée est favorablement accueillie par la majorité des auteurs qui ont été amenés à prendre parti dans la controverse. Bornons-nous à mentionner quelques-uns de ceux qui, en prêtant aux opinions que nous venons de produire l'appui de leurs suffrages, ont exercé par leur autorité ou par les arguments qu'ils ont fournis une réelle influence sur l'état actuel de la question.

La liste en est longue. Elle comprend de savants professeurs de droit civil, MM. Toullier, Mourlon, Demolombe, Bufnoir, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des jurisconsultes éminents comme MM. Aubry et Rau, Laurent et Wodon (1). Elle comprend surtout, outre MM. Lamache et Cazalens dont les dissertations ont déjà été citées à plusieurs reprises, des professeurs et des auteurs de droit administratif, MM. Bressolles, Dareste, Arthur Desjardins, Gautier, Perriquet, Maurice Hauriou, A. Weiss et tant d'autres que nous nous voyons obligés de passer sous silence (2).

La jurisprudence, à l'inverse, se montre moins favorable à nos conceptions domaniales. Les cours et tribunaux, dans la plupart des arrêts et des jugements qu'ils ont rendus sur la matière, opposent, en effet, l'affectation à l'usage direct du public à l'affectation à un service public et adoptent pleinement avec toutes leurs conséquences les opinions de MM. de Récy et Saleilles. Nous pouvons citer cependant quelques décisions favorables à la thèse que nous venons de formuler, quelques solutions qui restent inexplicables en dehors de notre système.

(1) V^o Toullier (édit. Duverger), t. III, p. 39 et 40; Mourlon, *Rép. écrites*, t. III, p. 654; Demolombe, t. IX, nos 483 bis et 460; Bufnoir, à son cours; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n^o 179; Aubry et Rau, t. II, n^o 169; Laurent, t. VI, n^o 35; Wodon, *Traité de la possession*, nos 452 à 454.

(2) V^o Bressolles, *Journal de droit administr.*, t. XI, p. 117-121; Dareste, *Justice administr.*, p. 253; Arthur Desjardins, *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'Etat*, p. 389; Gautier, *Précis des matières administr.*, p. 287 et s.; Hauriou, *op. cit.*, p. 634-638; Perriquet, *Les contrats de l'Etat*, nos 16 et 17; Weiss, *Philippe Pot*, etc., *France judic.*, t. XI, 1^{re} p., p. 361 et suiv., et à son cours sur le domaine public.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Douai, en date du 21 août 1863, range les arsenaux de l'État au nombre des dépendances du domaine public à raison de leur affectation évidente au service de la défense nationale (1). C'est ainsi que le 22 juin 1877, le tribunal de la Seine a admis la domanialité publique de certains objets mobiliers consacrés au service du culte (2). Que voyons-nous, d'autre part, dans le jugement du tribunal civil de Mâcon rendu à la date du 18 juin 1890? L'affirmation que « le domaine public comprend notamment les bâtiments destinés à un service public, tels que les bibliothèques et les musées communaux avec les objets mobiliers qui en dépendent » (3).

Notre théorie peut se prévaloir, en outre, du courant de jurisprudence qui s'est manifesté en faveur de la domanialité publique des cimetières et de tous les jugements et arrêts qui ont adopté la même solution à l'égard des églises, sans l'appuyer sur l'art. 12 du Concordat (4). En l'absence d'un texte spécial et formel qui fait ici totalement défaut, les édifices du culte et les terrains destinés au service des inhumations sont assujettis aux règles ordinaires de la domanialité, à l'empire du droit commun. Puisque les uns et les autres sont des immeubles simplement affectés à un service public, il faut conclure des arrêts dont nous parlons que la jurisprudence a con-

(1) V° S. 1866. 2. 229.

(2) V° ce jugement reproduit en note par M. de Récy, *op. cit.*, n° 217.

(3) V° *Pandectes Franç. périod.*, 1891. 2. 42.

(4) V° quelques-uns de ces arrêts rapportés dans les chapitres que nous consacrons aux églises et aux cimetières.

sidéré cette seconde espèce d'affectation comme suffisamment absorbante pour emporter après elle la domanialité publique.

3^e Cette affectation à l'utilité publique, à l'intérêt général doit être régulière et effectivement réalisée.

Cela revient à dire que, sous l'empire du Code civil, la situation est la même qu'en droit romain, que la domanialité publique exige aujourd'hui, comme alors, la réunion d'un double élément, de deux conditions, d'une condition de droit : l'affectation préalable et régulière de la chose à l'usage qui en est fait et d'une condition de fait : l'usage matériel conforme à cette destination (2).

La première partie de cette proposition n'a pas besoin d'être démontrée. Il est, en effet, de toute évidence que la domanialité publique ne résulte pas d'une simple utilisation de fait, qu'une chose ne peut compter au nombre des dépendances du domaine public qu'à la condition d'être régulièrement consacrée à l'intérêt général par l'autorité compétente, avec les formalités prescrites par la loi. Ces formes et l'autorité compétente variant avec les objets à affecter et la qualité de leur propriétaire, il ne nous est pas possible de présenter une règle d'ensemble, une indication générale, susceptible de s'appliquer à toutes les hypothèses. Il ne peut être donné que des solutions particulières dans le détail desquelles nous ne saurions entrer, sans sortir du cadre et des limites de ce travail. Nous nous proposons cependant de faire connaître dans le chapitre suivant celles qui ont trait aux divers édifices publics.

(1) Sous cette observation qu'à Rome l'affectation à un service public n'emportait pas la domanialité.

La seconde partie de notre règle se résume en ces termes : toute affectation à l'utilité publique reste sans effet au point de vue domanial, jusqu'au moment où la destination imposée à la chose par l'autorité compétente se trouve pleinement réalisée. Il faut, par conséquent, que la chose soit effectivement livrée à la jouissance immédiate du public, s'il s'agit d'une affectation à l'usage de tous, ou que l'administration en ait pris possession, s'il n'y a qu'affectation à un service public. L'exactitude de cette double proposition ayant besoin d'être démontrée, nous allons nous efforcer d'expliquer notre pensée et de la mettre en relief, en la complétant par quelques exemples.

Nous croyons que les livres, les manuscrits, les objets mobiliers, œuvres d'art ou autres, destinés à prendre place dans les bibliothèques ou dans les musées ne revêtant le caractère de dépendances du domaine public que du jour où ils sont mis à la disposition du public, que les routes ne participent à la domanialité qu'au moment où elles sont ouvertes à la circulation, que les édifices publics restent soumis à l'empire de la propriété privée, tant que les services qu'ils seront appelés à loger n'y sont pas encore installés (1).

En un mot, il ne suffit pas que l'administration manifeste d'une manière quelconque l'intention de consacrer une chose à l'utilité publique, il ne suffit même pas que ce projet ait pris corps et soit entré dans la période de réalisation, il faut que l'affectation soit actuellement un fait accompli. Ce ne sont, en effet, ni des terrains domaniaux

(1) Nous ne croyons pas qu'il soit besoin d'une estampille officielle et d'un numéro d'ordre pour les objets mobiliers.

à la veille d'être transformés en routes, en rues, en places publiques, ou en cours de transformation, ni des remparts en construction que les articles 538 et 540 rangent dans le domaine public; ce sont « les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les remparts des places de guerre et des forteresses ». Or, toutes ces dépendances du domaine ne méritent le nom sous lequel on les désigne que du jour où sont achevés les travaux d'aménagement qui les mettront à même de remplir leur destination.

La solution que nous nous efforçons de justifier découle aussi de la nature du domaine, telle qu'elle nous est révélée par la définition que l'art. 538 *in fine* donne des choses publiques. La domanialité publique, dans notre droit moderne, a beau être, ainsi que nous l'avons démontré, une création de la législation positive, un état de droit nullement commandé par la nature physique des choses et ayant pour cause efficiente une destination d'utilité générale, œuvre exclusive de l'autorité administrative, elle n'apparaît pas moins, dans la mesure où elle a été organisée en 1804, comme la constatation, comme la consécration juridique d'un état de fait qui s'impose à l'attention du législateur, de cette vérité inscrite tout au long dans l'art. 538 : l'affectation à l'utilité publique empêche les biens domaniaux sur lesquels elle porte d'être possédés par leurs propriétaires respectifs dans les conditions ordinaires de la propriété privée.

Les rédacteurs du Code civil se sont certainement proposés dans l'art. 538 d'établir une étroite corrélation entre le point de départ de la domanialité publique et le moment où la chose affectée échappe à l'empire de la propriété privée. Cela résulte, nous l'avons déjà dit, de la lettre même de ce texte.

Mais s'il en est ainsi, plus de difficultés, plus de contestations possibles au sujet de la question qui nous occupe. On est bien forcé de reconnaître, en effet, qu'une décision administrative qui, peut-être, ne sera jamais exécutée, puisqu'elle est essentiellement révocable, ne constitue pas à elle seule un obstacle à la propriété privée. Elle ne le devient que du jour où l'affectation qu'elle ordonne est réalisée, du jour où le public prend directement ou indirectement possession de la chose et commence à retirer de celle-ci toute l'utilité dont elle est susceptible.

La solution à laquelle nous nous sommes arrêtés réunit dans la doctrine l'unanimité des suffrages, car elle est absolument indépendante des controverses relatives au critérium de la domanialité et à la nature du droit des personnes morales. Elle triomphe aussi en jurisprudence et c'est à peine si l'on peut citer en sens contraire quelques décisions isolées, telles qu'un jugement du tribunal de la Seine, rendu à la date du 2 mai 1877, qui classe dans le domaine public un groupe de marbre inachevé que le sculpteur chargé de la commande par les Beaux-Arts n'avait pas eu le temps de terminer et, par suite, de livrer avant sa mort (1). Deux circonstances de fait paraissent avoir exercé une influence décisive sur l'esprit des juges ; elles ont été mentionnées en tout cas parmi les considérants : la matière première, le bloc de marbre, sortait dans l'espèce des dépôts nationaux qui l'avaient fournie gratuitement à l'artiste et des à compte avaient été remis à ce dernier, suivant les progrès de son œuvre. Après ces constatations, le tribunal se croit autorisé à conclure que, le sculpteur n'ayant pu s'approprier le produit

(1) V° ce jugement rapporté dans le journal *Le Droit*, 25 mai 1877.

de son travail, le groupe est la propriété de l'État et, par suite, doit être rattaché au domaine public. Nous ne voyons pas, quant à nous, en quoi la première conséquence commande la seconde. Toutes les dépendances du domaine public artificiel n'appartiennent-elles pas soit à l'État, soit aux départements, soit aux communes ou aux colonies, avant de recevoir l'affectation, cause de leur domanialité publique ?

Ayant ainsi terminé l'exposé et la justification des trois propositions que nous avons formulées au début de ce paragraphe, il ne nous reste, pour en avoir fini avec la partie générale de notre étude, qu'à résumer en quelques mots notre critérium de la domanialité publique.

Dans le système que nous présentons, c'est le fait pour une chose domaniale de servir à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, d'être affectée à l'utilité publique, qui substitue à la propriété privée la propriété publique et place la chose dans la sphère d'application des art. 538 et 540 du Code civil. Nous n'avons pas à revenir sur les conditions de réalisation et de régularité que doit présenter cette destination.

Mais, à notre avis, une double limitation complète le système : il faut que la chose affectée appartienne à une personne morale susceptible de posséder un domaine public ; il faut, enfin, que l'affectation soit faite en vue d'un véritable service public.

Ce sont là croyons-nous, les seules restrictions qu'il convienne d'apporter au principe posé ci-dessus. Nous estimons, notamment, avec l'immense majorité de la doctrine, avec une jurisprudence qui n'a jamais varié, qu'il n'y a pas lieu de déroger à la règle dans le cas très fréquent où une chose appartenant à l'une des personnes adminis-

tratives que nous venons d'énumérer est affectée aux services publics d'une autre personne (1). Cette limitation que rien ne justifie au point de vue rationnel ne trouve, avons-nous besoin de le dire, aucun fondement dans les textes législatifs. L'admettre serait donc compliquer gratuitement une matière où il n'est déjà que trop difficile d'arriver à des solutions logiques et concordantes.

(1) V° en ce sens Hauriou, *op. cit.*, p. 637.

CHAPITRE III

APPLICATION DU CRITÉRIUM AUX ÉDIFICES PUBLICS

Nous avons recherché dans le chapitre précédent quels sont les principes généraux qui président à la répartition des choses publiques entre le domaine public *stricto sensu* et le domaine privé des diverses personnes administratives, en un mot un classement domanial, et nous sommes arrivés, à cet égard, à des conclusions que nous considérons comme absolument acquises.

Rien de plus simple, de plus facile, par conséquent, que de déterminer quelle est au point de vue qui nous occupe la situation des édifices publics. Il n'y aura, semble-t-il, qu'à leur faire application de notre théorie, qu'à rechercher quels sont parmi eux ceux qui satisfont au critérium indiqué.

Sur ce point, aucun doute n'est possible, bien que la pratique administrative et gouvernementale ne cadre guère avec nos conclusions, surtout en ce qui concerne les édifices appartenant à l'État. Ces derniers, en effet, au lieu d'être sous la garde et la surveillance des services techniques qui se trouvent appelés à les utiliser, ainsi que le sont la plupart des dépendances du domaine public, restent entre les mains de la régie de l'enregistrement des domaines et du timbre, comme si l'affectation à l'utilité

publique dont ces bâtiments sont l'objet n'apportait aucun changement dans leur condition juridique et n'avait d'autre résultat que de les frapper d'une indisponibilité de fait (1) — L'instruction du 1^{er} avril 1879 range, d'ailleurs, en thèse générale dans le domaine privé de l'État les édifices nationaux à l'égard desquels un texte de loi spécial et formel n'a pas résolu la question de classement.

Tant que cet état de choses n'aura pas pris fin, il sera impossible, au point de vue administratif, de considérer les bâtiments et constructions diverses dont nous nous occupons ici comme des dépendances du domaine public. Mais, selon la remarque fort juste de M. Hauriou, un obstacle d'ordre purement administratif ne peut pas empêcher une théorie juridique de s'établir si cette théorie a son fondement dans le Code civil (2). Ce sont, au contraire, les errements de l'administration qui doivent disparaître au plus tôt, afin que le fait soit enfin d'accord avec le droit.

L'obstacle ci-dessus signalé n'existe pas, au surplus, pour les édifices publics appartenant aux départements ou aux communes, car le domaine privé de ces personnes morales n'est pas confié à une régie distincte. Voilà, avons-nous besoin de le dire, une nouvelle raison pour passer outre. On ne saurait, en effet, admettre en matière de classement domanial une solution différente, selon que la même chose affectée à la même destination est ou n'est pas la propriété de l'État.

(1) On trouve la même théorie exprimée dans certains ouvrages de vulgarisation et de pratique ; cf. par exemple Kuss, *Manuel des sur-numéraires*, n° 4595.

(2) Hauriou, *op. cit.*, p. 624 et 636.

Dans une première section, nous allons rechercher quelles sont les formes de l'affectation et de la désaffectation, ce point n'ayant pas été traité dans le chapitre précédent. Cela fait, nous nous proposons de passer en revue un certain nombre d'édifices nationaux, départementaux ou communaux qu'il convient de rattacher au domaine public (1). Nous résoudrons, en même temps, les questions de propriété qui peuvent donner lieu à quelques difficultés.

SECTION I

FORMES DE L'AFFECTATION ET DE LA DÉSAFFECTATION

Il convient de distinguer selon que l'édifice appartient à l'État, à un département ou à une commune.

§ 1^{er}. — **Édifices nationaux.**

La législation sur ce point a beaucoup varié, depuis le début de la Révolution.

A l'origine, dans la période qui suit immédiatement la mainmise de la nation sur l'ancien domaine de la couronne, l'affectation n'était soumise à aucune règle, à aucune espèce de formalité. Les services ministériels prenaient librement possession des bâtiments dont ils

(1) Nous laissons de côté les édifices publics coloniaux, bien que les colonies soient susceptibles de posséder et possèdent, en fait, un domaine public monumental.

croyaient avoir besoin et en disposaient à leur convenance (1). Les administrations collectives de département et plus tard, après l'an VIII, les préfets en faisaient tout autant.

Pour mettre un terme à cet état d'anarchie, l'arrêté du 13 messidor an X, art. 5, décida qu'à l'avenir aucun édifice national ne pourrait, même dans le cas d'urgence, être mis à la disposition d'un ministre qu'en vertu d'un arrêté du gouvernement. Mais il paraît que, dans la pratique, l'arrêté du 13 messidor resta lettre morte.

Une ordonnance royale du 14 juin 1833, dont nous avons déjà dit quelques mots, vint réglementer la matière d'une façon plus précise et entourer les affectations domaniales de garanties nouvelles. Nous y lisons, en effet, que les ordonnances d'affectation doivent être concertées entre le ministre des Finances, gardien de la fortune publique, et le ministre dans le département duquel se trouve le service affectataire. L'avis du ministre des Finances sera visé dans les ordonnances et celles-ci seront insérées au *Bulletin des lois*.

Quelques années plus tard, la loi du 15 mai 1850 décidait qu'« à l'avenir, l'affectation d'un immeuble national à un service public ne pourrait être faite que par une loi ». C'était, peut-être, aller un peu loin dans le sens de la réaction et priver le pouvoir exécutif d'une prérogative à coup sûr fort justifiable. Aussi le décret du 24 mars 1852 est-il

(1) Une loi du 4 ventôse an IV avait prescrit au Directoire exécutif de dresser un état de tous les biens affectés à des services publics et la Régie de l'enregistrement fut chargée par ce dernier en l'an VII de dresser cet état, mais le mauvais vouloir des services publics empêcha la tentative de réussir.

venu abroger purement et simplement la loi de 1850 et faire revivre l'état de choses, existant sous l'empire de l'ordonnance de 1833. En résumé, les édifices appartenant à l'État sont affectés à leur destination par décret rendu après avis du ministre des Finances. Telle est du moins la règle générale.

L'affectation faite à un service public est gratuite et perpétuelle, en ce sens qu'elle dure sans avoir besoin d'être renouvelée, tant que les besoins du service affectataire la rendent nécessaire. Mais cela ne veut pas dire cependant que le décret soit irrévocable.

Rien n'empêche, au surplus, que la durée de l'affectation soit expressément déterminée dans l'acte de concession (1).

Dès qu'un immeuble domanial est reconnu inutile au service qui le détient, il doit être remis à la régie de l'enregistrement pour être vendu, si un autre service public n'en réclame pas à son tour l'affectation. Les agents de l'administration des domaines sont chargés de provoquer la remise des bâtiments dont l'abandon leur serait connu ou signalé et de s'entendre, à ce sujet, avec les représentants des autres départements ministériels (2). La remise est constatée par un procès-verbal en double original dressé contradictoirement entre l'agent de la régie et celui du service qui détenait l'immeuble.

Indépendamment des affectations dont nous venons de

(1) C'est ce qui se produit notamment, lorsqu'il s'agit d'établir un champ de tir ou de manœuvre dans une forêt de l'État.

(2) La loi du 29 décembre 1873 dans son article 24 a organisé pour accélérer les remises une commission mixte, dite de revision des affectations domaniales.

parler, il arrive parfois que des logements soient accordés à certains fonctionnaires dans des bâtiments de l'État. Ces concessions sont révocables par décret. C'est ainsi, que les choses se passent en ce qui concerne les palais épiscopaux et archiépiscopaux, lorsque l'affectation de ces édifices ne résulte pas d'une loi (1).

§ 2. — Édifices départementaux.

Les édifices départementaux, libres de toute affectation antérieure sont affectés par décision définitive du Conseil général. L'art. 46, n° 4, de la loi du 10 août 1871 ne laisse dans l'esprit aucun doute à cet égard.

Bien que les personnes administratives aient, d'ordinaire, moins de capacité pour désaffecter que pour affecter, le Conseil général peut prononcer définitivement un changement d'affectation ou même une désaffectation de l'édifice toutes les fois qu'il ne s'agit pas « des hôtels de préfecture et de sous-préfecture, des palais de justice, des écoles normales, des casernes de gendarmerie et des prisons » (art. 46, n° 4, de la loi du 10 août 1871). Lorsqu'il s'agit de l'un de ces bâtiments, les décisions sont soumises à suspension (art. 48, n° 2) ; conformément au droit commun, elles ne deviennent exécutoires que si, dans le délai de trois mois après la clôture de la session, un décret motivé n'est pas intervenu pour en arrêter l'exécutif.

(1) Le décret du 3 février 1887 relatif aux logements jusque-là concédés à certains officiers contient une application de la règle que nous venons de rapporter.

§ 3. — Édifices communaux.

Disons tout de suite que nous ne parlerons pas ici des édifices municipaux affectés à un culte reconnu par l'État, pas plus, d'ailleurs, que nous n'avons parlé ci-dessus des édifices nationaux consacrés à une semblable destination, un chapitre spécial, notre chapitre iv, leur étant particulièrement réservé.

En ce qui concerne les autres bâtiments communaux, nous retrouvons, à peu de chose près, les mêmes règles que dans l'hypothèse précédente. Comme les Conseils généraux, les Conseils municipaux ont, en principe, toute latitude pour affecter à un service public les immeubles encore inoccupés (art. 64 et 68, § 5 combinés de la loi du 5 avril 1884). Les décisions qu'ils prennent à cet égard sont réglementaires. Il faut remarquer cependant que l'affectation a lieu par décret, lorsqu'il s'agit d'édifices que les communes se sont engagées à fournir à un service d'État, comme les facultés, les casernes, les hôtels des postes, etc.

Le Conseil municipal a besoin d'une autorisation préfectorale pour désaffecter les immeubles communaux ou en changer l'affectation, quel que soit le service affectataire. Si le bâtiment a reçu sa destination d'un décret, il doit être désaffecté en la même forme. Les presbytères appartenant aux communes sont désaffectés dans les formes que l'ordonnance du 3 mars 1825 prévoit pour la désaffectation partielle ou distraction. S'il y a accord entre les parties, il suffit donc d'un arrêté préfectoral. Au cas contraire, la désaffectation ne peut être prononcée que par décret, après avis de l'évêque (1).

(1) En ce sens, arrêt du Conseil d'État du 9 août 1899; Lebon, à sa date.

SECTION II

ÉDIFICES SE RATTACHANT AU DOMAINE PUBLIC

L'application des principes généraux qui président au classement domanial des édifices publics ne nous paraît pas de nature à soulever de sérieuses difficultés après tous les développements que nous avons déjà présentés sur ce sujet dans la section précédente ou dans notre chapitre II. Aussi ne songeons-nous pas à entreprendre l'énumération complète, le tableau détaillé des bâtiments qui participent à la domanialité publique avec notre système, car un pareil travail resterait dépourvu d'utilité pratique.

Nous nous proposons simplement de préciser la portée des règles que nous venons de formuler, par quelques exemples empruntés à chaque sorte de domaine, et de résoudre, chemin faisant, un certain nombre de questions susceptibles d'être controversées.

§ 1^{er}. — Edifices appartenant à l'État.

Doivent être rattachés au domaine public national comme satisfaisant au critérium précédemment indiqué :

a) En première ligne, les palais affectés à l'installation des grands services publics : le palais de l'Élysée, demeure officielle du chef de l'État ; le palais du Luxembourg et le Palais-Bourbon, sièges des deux Chambres ; la partie du palais de Versailles où se tiennent les séances de l'Assemblée nationale.

b) Des monuments commémoratifs tels que les arcs de triomphe de l'Étoile et du Carrousel, les portes St-Martin et St-Denis, les statues de Henri IV, de Louis XIII, de Louis XIV, à Paris, la colonne de Juillet, la colonne Vendôme, l'obélisque de Louqsor, la colonne de la Grande-Armée à Boulogne-sur-Mer (1).

c) Un grand nombre de bâtiments et de constructions diverses que nous allons diviser, pour plus de facilité, en catégories correspondant aux départements ministériels, tout en rappelant que la régie des domaines a l'administration des unes et des autres.

Intérieur. — Dépendent de ce ministère : l'hôtel de la place Beauveau et les bureaux de l'administration centrale; les Archives nationales; les maisons centrales de détention; quelques établissements hospitaliers comme la maison de santé de Charenton, l'hospice du Mont Genèvre; des établissements généraux de bienfaisance : l'institution des jeunes aveugles à Paris, des sourds-muets à Paris et à Chambéry, des sourdes-muettes de Bordeaux; les dépôts de mendicité.

Justice. — Parmi les immeubles nationaux affectés au service de la justice, nous citerons : l'hôtel du ministère, la Grande Chancellerie de la Légion d'honneur, la partie du Palais de justice de Paris où siège la Cour de cassation; le Palais-Royal où est installé le Conseil d'État; différents palais de justice où siègent les cours d'appel (2).

(1) Nous rappellerons que les auteurs qui, comme M. Dueroq, refusent, en principe, aux édifices publics le bénéfice de la domania-
lité, rangent ces monuments dans le domaine public à titre d'accès-
soires de la voie publique.

(2) V^o en ce sens l'avis du Conseil d'État du 5 décembre 1838 et un
arrêt du 20 juin 1844 qui considèrent tous deux le décret du

Finances. — Dans la liste des édifices domaniaux affectés aux finances, nous trouvons : la partie du palais du Louvre dans laquelle sont installés les bureaux de l'administration centrale ; les bâtiments servant de magasins pour les imprimés destinés à l'administration des contributions indirectes ; la Caisse des dépôts et consignations ; les hôtels des monnaies de Paris et de Bordeaux ; la manufacture de Sèvres ; les manufactures de tabacs, de tapisseries (Gobelins et Beauvais).

Agriculture. — A ce ministère, doivent être rattachés : l'hôtel de l'administration centrale ; l'Institut agronomique ; les écoles vétérinaires de Toulouse, de Lyon et d'Alfort ; les écoles d'agriculture de Grignon, de Grandjouan et de Montpellier ; l'école d'horticulture de Versailles ; les bâtiments affectés au service des haras.

Travaux publics. — Prendront place sous cette rubrique : l'hôtel du ministère, l'école des ponts et chaussées ; l'école supérieure des mines ; l'école des mines de Saint-Etienne ; les écoles des maîtres-mineurs de Douai et d'Alais ; les bâtiments servant de magasins pour le matériel d'entretien des routes nationales, des canaux, des ports maritimes ; le dépôt central des phares ; les maisons éclusières.

Commerce. — Parmi les dépendances du ministère du commerce et de l'industrie, nous relevons : l'hôtel et les bureaux de l'administration centrale ; le conservatoire des arts et métiers ; l'école nationale des arts décoratifs ; plusieurs écoles d'arts et métiers disséminées sur tout le territoire ; les établissements affectés au service sanitaire.

9 avril 1811 comme ne s'appliquant pas aux bâtiments des cours d'appel.

Affaires étrangères. — On ne peut guère citer que l'hôtel du quai d'Orsay ; l'hôtel des Archives et quelques bâtiments annexes.

Beaux-Arts. — Les édifices ressortissant aux Beaux-Arts sont en nombre tel que nous ne pouvons en donner qu'une nomenclature bien résumée. Nous mentionnerons cependant : le palais du Louvre ; le palais du Trocadéro, devenu propriété nationale par suite de l'abandon que la ville de Paris a consenti, en 1879 ; le Panthéon ; l'église et le dôme des Invalides ; le palais de Versailles ; le grand et le petit Trianon ; les palais de Compiègne et de Fontainebleau ; les châteaux de Rambouillet, de Pau, de Pierrefonds ; le Conservatoire de musique ; un certain nombre de constructions édifiées pour les expositions et affectées, par la suite, à des destinations diverses, comme le palais de l'Industrie (1).

Instruction publique. — Dépendent de ce ministère : l'hôtel du ministre ; les immeubles où sont installés les académies ; le Collège de France ; l'École normale ; la Bibliothèque nationale ; la Bibliothèque de l'Arsenal, le Muséum d'histoire naturelle ; la bibliothèque Sainte-Genève ; quelques facultés, écoles ou lycées, soit à Paris, soit dans les départements.

Les immeubles domaniaux affectés au service de l'enseignement public ne sont, pour la plupart, la propriété de l'État que depuis une date relativement récente, depuis la loi du 17 août 1850. Ils proviennent, en effet, presque tous, de l'ancienne dotation de l'Université, dotation que

(1) Les divers palais et châteaux que nous venons de mentionner revêtent le caractère de dépendances du domaine public, parce que ce sont de véritables musées.

les décrets du 17 mars 1808 et du 15 novembre 1811 avaient constituée et que la loi précitée de 1850 a formellement rattachée au domaine de l'État.

Guerre. — Sans parler des « portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et des forteresses », que l'art. 540 du Code civil range formellement dans le domaine public national, le domaine militaire comprend : l'hôtel de la rue Saint-Dominique ; les écoles militaires, Polytechnique, Saint-Cyr, Versailles, Saint-Maixent, Saumur, etc. ; les fonderies de canons de Tarbes et de Bourges ; les manufactures d'armes de Tulle, Saint-Étienne et Châtellerauld ; la partie de l'hôtel des Invalides affectée aux pensionnaires ; les poudreries ; les arsenaux, etc.

Les casernes et quartiers militaires appartiennent, en principe, à l'État et dépendent naturellement de son domaine public (1). Nous verrons, au cours du paragraphe 3 de cette même section, dans quels cas ces bâtiments peuvent être la propriété des communes.

Marine. — On peut citer, outre l'hôtel du ministère : les casernes servant au logement à terre des équipages de la flotte et des régiments d'infanterie ; les hôtels des préfectures maritimes ; les chantiers de construction de Ruelle et de Guérigny ; les bureaux de l'inscription maritime ; les hôpitaux et arsenaux affectés au service de la flotte.

Cultes. — Nous ne mentionnerons que pour mémoire les édifices nationaux consacrés au service du culte,

(1) Le droit de propriété de l'État a son fondement dans la loi des 8-10 juillet 1791 qui réunit au domaine national les logements et établissements militaires nécessaires au service de l'armée.

comme les églises cathédrales et métropolitaines, devant étudier en détail leur condition juridique dans le chapitre suivant.

Dépendent, en outre, de ce service public les séminaires diocésains ou grands séminaires que nous entendons opposer aux séminaires-collèges et les palais épiscopaux ou archiépiscopaux (1). Ces derniers méritent de retenir un instant notre attention, à cause de la complexité des questions qu'ils soulèvent.

L'État est-il véritablement propriétaire de la généralité de ces bâtiments, ainsi que nous paraissent le supposer ?

Devenus biens nationaux en vertu du décret de confiscation du 2 novembre 1789, les anciens palais épiscopaux ou archiépiscopaux non aliénés pendant la Révolution ont été remis, en fait, à la disposition des évêques, après le Concordat (2), bien que l'État n'eût pris aucun engagement à cet égard et qu'il eût même déclaré que « les conseils généraux des départements étaient autorisés à procurer aux archevêques ou évêques un logement convenable » (3). Quel a été l'effet de cette remise ? N'équivaut-elle pas à un entier dessaisissement de la part de l'État et n'a-t-elle pas eu pour résultat de faire rentrer dans le patrimoine de l'Église les palais épiscopaux ou archiépiscopaux rendus à leur destination primitive ? L'affirmative a été soutenue, sans succès d'ailleurs, par M^{re} de Quélen,

(1) La loi du 18 germ. an X dit formellement que les séminaires diocésains seront installés dans une propriété nationale.

(2) A défaut des anciens palais, l'État a affecté à cette destination d'autres édifices domaniaux,

(3) Art. 71 de la loi organique du 18 germ. an X.

archevêque de Paris, dans une déclaration solennelle. Les prétentions de l'Église ont été rejetées, en effet, par les Chambres législatives et par une ordonnance en Conseil d'État du 24 mars 1837 qui a décidé qu'il y avait abus dans la déclaration de l'archevêque (1). Nous ne nous attarderons pas, quant à nous, à discuter et à réfuter le système de M^{re} de Quélen, nous proposant de démontrer dans le chapitre suivant que les édifices restitués au culte catholique par application de l'art. 12 du Concordat ne sont pas eux-mêmes des propriétés ecclésiastiques (2).

Cette question préalable résolue, on est amené à se demander quelle est la nature exacte du droit que les archevêques et les évêques possèdent sur les palais affectés à leur logement, en quoi il consiste.

D'après une première opinion, à laquelle s'est ralliée la Cour d'Angers par un arrêt rendu à la date du 25 janvier 1883, l'évêque aurait sur le palais épiscopal un droit de jouissance *sui generis* équivalant en somme à un usufruit (3). On fait observer, à l'appui de cette conclusion, combien il serait irrationnel qu'un haut dignitaire ecclésiastique fût moins favorisé, au point de vue qui nous occupe, qu'un simple curé.

Ce système n'a cependant triomphé ni en doctrine, ni en jurisprudence. On admet généralement, et c'est aussi notre avis, que l'évêque n'a sur l'immeuble domanial consacré à son service ni un droit d'usufruit, ni un droit

(1) S., 1837. 2. 196.

(2) Cf. en ce sens Bressolles, *Journal de droit adm.*, t. XI, p. 449; Chauveau, *id.*, t. X, p. 479; Ducrocq, *Cours de droit administ.*, t. II, nos 4024 et 4534.

(3) D., 1883. 2. 174.

d'usage ou d'habitation, ni un droit personnel, comme celui qui résulte d'un contrat de bail, et qu'il le détient en vertu d'une affectation administrative ordinaire dont les règles échappent à la compétence judiciaire. En effet, le seul texte relatif à la matière, une circulaire ministérielle du 21 germinal an X ne prescrit aux préfets que de faire procéder aux réparations nécessaires pour « recevoir » les évêques dans les anciennes maisons épiscopales, ce qui n'implique évidemment ni une restitution à l'Église ni même une affectation. Il faut reconnaître, par conséquent, que la différence de traitement qui va exister entre les évêques et les curés a son fondement dans la loi (si l'on admet avec l'opinion courante que les curés ou desservants ont sur leurs presbytères un droit réel de jouissance). — Tel est le système que le tribunal des conflits a cru devoir adopter dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité de la Cour d'Angers (1).

La domanialité publique des palais épiscopaux et archiepiscopaux est vivement contestée par un très grand nombre d'auteurs. Contentons-nous provisoirement d'affirmer que toutes les objections formulées à cet égard sont vaines ; nous nous réservons d'en fournir la preuve dans notre paragraphe 3 en parlant des presbytères. Le problème domanial se pose, en effet, dans des termes absolument identiques à l'égard de ces deux catégories d'édifices publics.

(1) Trib. des conflits, 14 avril 1883, arrêt rendu sur les conclusions conformes de M. Chante-Grellet, commis du gouvernement, Lebon, p. 357 ; D. 83. 3. 85.

§ 2. — Édifices appartenant aux départements.

Les édifices départementaux que l'application logique de notre critérium nous conduit à classer au nombre des dépendances du domaine public proviennent, pour la plupart, de la concession consentie par l'Etat au profit des départements « de la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration, des cours et tribunaux et de l'instruction publique » (Décret du 9 avril 1811, art. 1^{er}).

Quelle que soit, au surplus, l'origine de ces bâtiments, le domaine public monumental des départements comprend à l'heure actuelle :

A. — Les hôtels de préfecture et de sous-préfecture.

C'est à l'occasion d'un de ces édifices que la Cour d'appel de Paris a été amenée, le 18 février 1854, à prendre parti directement dans la grande controverse à laquelle a donné lieu l'interprétation des art. 538 et 540 du Code civil (1). Il s'agissait de savoir si le propriétaire d'un héritage contigu à un hôtel de Préfecture pouvait réclamer le bénéfice de l'art. 661 et obtenir la cession de mitoyenneté que ce texte prévoit, en un mot, si les édifices publics doivent ou non être rattachés au domaine public. La Cour de Paris, nous le savons déjà, s'est prononcée en faveur de la domanialité privée « attendu, dit-elle, que l'affectation à un service public de constructions susceptibles par leur nature d'une destination différente n'en change pas le caractère ». Nous avons exposé, en réfutant le système de M. Dueroq, les réflexions que nous suggèrent cette

(1) Paris, 18 février 1854, Savigny.

solution et surtout les considérants qui l'accompagnent (1). Il est inutile, par conséquent, de revenir sur ce point, mais nous exprimerons le souhait que les tribunaux civils soient appelés, d'ici peu, à trancher à nouveau la même question.

B. — Les tribunaux. — Conformément à l'opinion du Conseil d'État, nous avons classé dans le domaine public national les bâtiments affectés aux Cours d'appel. Ces édifices, à notre sens, restent donc dans la même situation qu'avant le décret de 1811.

C. — Certaines prisons. Les maisons d'arrêt, les maisons de justice et les maisons de correction sont dans ce cas. Une loi du 4 février 1893 suppose qu'elles peuvent être rétrocédées à l'État.

D. — Les casernements de gendarmerie. — Le Conseil d'État a reconnu que les édifices domaniaux affectés au service de la gendarmerie étaient devenus la propriété des départements par l'effet du décret précité de 1811 et du décret du 11 juin 1810 (2).

E. — Les écoles normales primaires de filles et de garçons.

F. — Les asiles départementaux d'aliénés.

G. — Les dépôts de mendicité qui appartiennent aux départements.

H. — Les palais épiscopaux que les conseils généraux ont acquis pour satisfaire au vœu du législateur de l'an X. En fait, nous le savons, il n'en existe guère.

Remarquons, en terminant, que très souvent les constructions affectées aux écoles normales ou au casernement

(1) *Vº supra*, chap. II, § 1.

(2) *Cont.*, 3 mars 1841.

de la gendarmerie n'appartiennent pas aux départements, mais sont loués par eux à des particuliers. Par la force des choses, il ne saurait être question de domanialité publique dans ce cas-là.

§ 3. — Édifices appartenant aux communes.

Le domaine public municipal est de ce chef très considérable. Il comprend d'abord un certain nombre d'édifices que l'on retrouve dans toutes les communes, même les plus infimes :

A. — La mairie, lorsqu'elle n'est pas prise en location par la commune.

B. — La maison d'école publique, sous la même condition. Selon le chiffre de la population, l'école est mixte ou bien il y a une école séparée pour les filles et les garçons. Il peut y avoir, en outre, dans une commune des écoles de hameau.

C. — L'église que nous ne faisons ici que mentionner.

D. — La halle ou le marché couvert.

E. — Le presbytère. — Les questions que nous avons déjà étudiées à l'occasion des palais épiscopaux se posent également en ce qui concerne les presbytères. Nous allons donc avoir à examiner si ces édifices sont vraiment la propriété des communes, quelle est la nature du droit de jouissance du curé ou desservant et comment les presbytères doivent être classés au point de vue domanial.

Propriété. — Un premier point ne nous paraît pas contestable, c'est que les menses curiales, les fabriques et les communes sont respectivement propriétaires des presbytères qu'elles ont fait construire à leurs frais sur un terrain

leur appartenant. Il ne peut donc y avoir de difficulté que pour ceux qui ont été rendus à leur destination primitive par l'art. 72 de la loi organique.

M^{gr} Affre (1), dans un premier système, attribue aux menses la propriété de ces presbytères, en s'appuyant sur les termes de l'art. 72 : « Les presbytères non aliénés sont rendus aux curés et aux desservants » A notre avis, la doctrine proposée par le savant prélat est absolument insoutenable, l'organisation des menses curiales datant de 1813. Il ne reste donc à choisir qu'entre les communes et les fabriques.

En faveur de ces dernières, on invoque : l'arrêté du 7 thermidor an XI qui met ces personnes morales en possession « des biens non aliénés et des rentes des anciennes fabriques » ; le décret du 30 mai 1806, relatif à l'attribution des églises et presbytères supprimés ; plusieurs décisions ministérielles qui ont rejeté les prétentions des communes mais remontant à une date déjà lointaine (2) ; enfin, des raisons de convenance administrative (3).

Ce n'est pas là cependant l'opinion dominante. On admet généralement aujourd'hui que le presbytère est une propriété communale, solution impliquée dans l'arrêté du 7 ventôse an XI qui prescrit aux Conseils municipaux de délibérer sur les dispositions à prendre par les communes pour l'acquisition, la location ou la restauration des bâtiments destinés au culte, et commandée, croyons-nous,

(1) Affre, *Traité des biens ecclésiast.*, p. 208.

(2) V^o notamment les décisions ministérielles du 10 décembre 1822 et du 6 juillet 1823 ; v^o aussi une ordonnance du 3 mars 1825.

(3) Cf. en ce sens Gaudry, *Traité de la législ. des cultes*, t. II, n^o 738 et suivants et les arrêts cités en note par cet auteur.

par le décret du 30 mars 1809 (art. 44) qui exige que, lors de la prise de possession d'un presbytère par un nouveau curé, il soit dressé, à la diligence du maire et aux frais de la commune, un état de situation.

Plusieurs avis du Conseil d'État se sont prononcés en ce sens de façon absolument catégorique. Nous citerons notamment deux avis célèbres du 3 nivôse et du 2 pluviôse an XIII, sur lesquels nous aurons à revenir dans le chapitre suivant à propos des églises paroissiales, et deux avis plus récents, l'un du 3 novembre 1836, l'autre du 24 décembre 1896 (1).

En résumé, appartiennent aux communes les presbytères désignés dans l'art. 72 de la loi organique et ceux qu'elles ont pu acquérir ou faire construire depuis cette date.

Nature du droit de jouissance du curé. — Nous devons distinguer plusieurs hypothèses, la question n'étant pas susceptible, à notre avis, de recevoir dans tous les cas une solution uniforme.

Le presbytère dépend-il de la mense curiale, il est incontestable que le curé exercera sur cet immeuble le droit d'usufruit que le décret du 6 novembre 1813 lui donne sur tous les biens de la mense (2).

Quid si le presbytère appartient à la commune? Il faut sous-distinguer selon que l'édifice a été acquis par cette

(1) V^o *infra*, p. 287 et suiv l'autorité qui s'attache aux avis de l'an XIII.

(2) V^o Parmi les décisions favorables à cette solution, Grenoble, 2 janv. 1836, S., 1836, 2. 475, et 27 juin 1866, D., 1868, 2. 77; Cass., 16 févr. 1883, D., 1883, 1. 361; Tribunal des conflits, 15 décembre 1883, S., 1885, 3. 66.

dernière depuis le Concordat ou restitué, en l'an X, par l'État.

Dans la première hypothèse, le curé ou le desservant n'a évidemment qu'une pure jouissance de fait qui n'est garantie par aucune action en justice. Il ne saurait être question de lui attribuer un droit réel de jouissance et, à plus forte raison, un droit d'usufruit. Mais en est-il encore de même s'il s'agit d'un presbytère tirant son affectation de la loi organique ?

Après avoir longtemps admis l'affirmative, la jurisprudence paraît s'être fixée en sens contraire. Elle considère aujourd'hui le curé sinon comme un véritable usufruitier du moins comme le titulaire d'un droit réel de jouissance qui produit, à peu près, les mêmes effets que l'usufruit du Code civil (1). Certains arrêts de Cours d'appel et de la Cour suprême prononcent même à ce sujet le mot d'usufruit (2).

Nous estimons, quant à nous, que, si la jurisprudence civile est allée un peu loin en essayant d'assimiler deux droits qui n'ont, en réalité, ni la même origine, ni la même étendue, ni les mêmes modes d'extinction, il est absolument exact que, dans le cas qui nous occupe, le curé ou desservant ne peut être considéré comme un simple affectataire (3). L'État, en effet, ne s'est dessaisi de la propriété des presbytères qu'à la condition expresse qu'ils

(1) V° en ce sens Cass., 11 nov., 1882, S., 1883, 1. 140; 16 février 1883, S., 1883, 1. 284; 7 déc. 1883. S., 85. 1.510; Tribunal des conflits, 13 mars 1886, S., 1887, 3. 61. Lebon, p. 240.

(2) Grenoble, 27 juin 1866, D. 1868, 1. 77; Caen, 26 déc. 1877; Cass., 4 févr., 1879, D., 1879, 1. 221.

(3) *Contrà*, Ducrocq, *Cours de droit adm.*, t. II, p. 572 et surtout la longue dissertation de cet auteur dans Dalloz, 1883, 2. 169 à 174.

serviraient à loger les titulaires des cures. Tout en faisant nos réserves au sujet de certaines solutions qui nous paraissent un peu hasardées, par exemple la défense à l'autorité municipale de pénétrer dans un presbytère pour le pavoiser, nous nous rallions, par conséquent, à la théorie de la jurisprudence (1).

Domanialité. — Les presbytères, de même que les palais épiscopaux et archiépiscopaux, sont assez généralement rattachés, en doctrine, au domaine privé de la personne morale à laquelle ils appartiennent, mense, fabrique ou commune. C'est l'opinion non seulement de tous ceux qui, comme M. Ducrocq (2), se refusent à admettre la domanialité publique des édifices qu'un texte exprès n'y a pas rattachés, mais aussi d'un certain nombre d'auteurs qui placent le critérium de la domanialité publique dans une affectation à l'intérêt général réalisée soit par une destination à l'usage de tous, soit par une consécration à un service public. Ils estiment, en effet, que les presbytères ne sont pas affectés à un service public, ainsi que le suppose l'art. 540 du Code civil, et que ces édifices ne rentrent, par conséquent, ni dans les termes de l'art. 538, ni dans ceux de l'art. 540.

L'un d'eux, M. Bressolles (3), s'exprime à ce sujet de la manière la plus formelle : la maison où loge le curé, celle qu'habite l'instituteur « sont tout simplement des locaux destinés principalement, sinon exclusivement, au logement de ces personnes, locaux appartenant à la commune, à la

(1) Nous croyons notamment que, si la commune apporte un trouble à sa jouissance, le curé peut l'actionner en justice.

(2) Ducrocq, *op. cit.*, p. 572, n° 1417.

(3) Bressolles, *op. cit.*, p. 120.

fabrique, ou loués à des particuliers, mais sans affectation au service public dont ces personnes sont chargées (1) ».

Nous ne croyons pas, en ce qui nous concerne, que ce raisonnement soit fondé et qu'il soit possible d'opposer l'une à l'autre des deux sortes d'affectation, ainsi que le fait M. Bressolles. Là où cet auteur voit une différence de nature, nous ne découvrons qu'une nuance.

Par suite, nous allons classer dans le domaine public municipal tous les édifices communaux servant actuellement de presbytères.

Ce sont là dans les communes rurales les principaux, on pourrait dire les seuls bâtiments qui répondent à notre critérium domanial, mais dans les villes la liste en est bien autrement longue. Elle peut comprendre :

F. — Des bâtiments affectés à des services publics municipaux, casernes de sapeurs-pompiers, théâtres, musées, bibliothèques, etc.

G. — Des édifices affectés à des services d'État, casernes, facultés, collèges, lycées, etc. Quelques-uns sont devenus propriété municipale par des concessions de l'État en pleine propriété (décret du 23 avril 1810 pour les casernes, décret du 9 avril 1811 pour les bâtiments consacrés à l'instruction publique). Les autres ont été construits par les communes.

H. — Des bâtiments fournis aux établissements publics, hôpitaux, maisons de secours, etc.

Rappelons en terminant que les édifices communaux concédés à des établissements d'utilité publique, par exemple à des institutions d'enseignement, ne sont pas des dépen-

(1) Cf. en ce sens, Bouniols, *op. cit.*, p. 431 ; Hauriou, *id.*, 3^e édit., p. 647 ; Weiss à son cours.

dances du domaine public municipal. Nous nous sommes déjà expliqués à cet égard dans la partie générale de notre travail.

APPENDICE

Les simples établissements publics, tels que les fabriques, les hospices, les bureaux de bienfaisance, les menses curiales, n'ont pas une mission générale d'administration comme les départements ou les communes et ne peuvent avoir un domaine public. Les édifices appartenant à ces personnes morales restent donc tous soumis à l'empire de la propriété privée, malgré l'affectation dont ils sont l'objet.

Nous reviendrons sur ce point avec quelques détails en étudiant la condition juridique des églises et des cimetières qui sont la propriété des fabriques.

CHAPITRE IV

DES ÉGLISES

Les édifices consacrés au service du culte se divisent en deux grandes catégories. Il faut placer dans l'une les monuments, constructions où se célèbre le culte, et dans l'autre les palais, les maisons d'habitation, les édifices destinés au logement de ses ministres et aux services dont ils ont la direction? Les palais épiscopaux et archiépiscopaux, les presbytères et les séminaires doivent être compris dans cette dernière catégorie.

Nous n'avons à envisager ici que la situation des bâtiments qui composent le premier groupe, les églises, puisque nous les avons seuls réservés dans notre chapitre III.

Le mot église dans un sens très large s'entend, en effet, de tout édifice affecté à l'exercice d'un culte, à l'accomplissement des rites et cérémonies d'une religion. Mais ce terme est particulièrement employé pour les constructions catholiques et c'est avec cette acception plus restreinte que nous allons en user ici. Quant aux édifices consacrés aux cultes protestants et au culte hébraïque, on les désigne en général sous les noms de temples et de synagogues; un court appendice leur sera spécialement destiné à la fin de ce chapitre.

Remarquons, tout d'abord, que, sous l'empire du Code civil et de la législation concordataire, il ne saurait être question de ranger les églises dans une classe particulière sous le nom générique de *res sacræ* et de leur prêter, à ce titre et en cette seule qualité, des caractères propres et une condition juridique déterminée, bien que l'opinion contraire ait été émise par des jurisconsultes dont les théories ont souvent fait école, par Dalloz et Proudhon (1). « Par choses sacrées, dit le second, nous entendons parler des églises ou édifices où se célèbre le culte divin et des cimetières. » Cela revient à dire qu'aujourd'hui comme sous l'ancien régime les églises et les cimetières échappent au droit commun de la propriété à cause du caractère spécial de leur destination.

L'œuvre tout entière de la Révolution et l'esprit dans lequel le Concordat et le Code civil ont été rédigés protestent contre cette idée. Les églises sont de simples édifices publics, des édifices affectés comme les autres à la satisfaction d'un besoin collectif, à un service d'intérêt général; au point de vue du droit, elles ne peuvent être autre chose (2). Le législateur de 1804, ne reconnaissant aujourd'hui qu'une seule sorte de domanialité publique, celle dont nous avons déjà donné dans les premiers chapitres de notre travail la définition et le critérium, on ne saurait revendiquer de protection exceptionnelle pour les églises de même que pour les cimetières en dehors des limites de cette domanialité.

(1) V^o Proudhon, *Traité du domaine public*, t. I, p. 460; Dalloz, *Répertoire de législation*, etc., t. XIV, v^o *Culte*, nos 486 et 488.

(2) V^o en ce sens Gaudry, *Traité de la législation des cultes*, t. II, p. 497 et *Traité du domaine*, t. I, p. 609 et 610.

Ce chapitre comprendra deux sections : l'une plus spécialement consacrée à l'étude des problèmes que soulève la propriété des églises, l'autre à la question de domania-lité. Ainsi que nous l'avons annoncé ci-dessus, il sera complété par un court appendice dans lequel nous nous proposons d'examiner très brièvement la condition juridique des édifices consacrés aux autres cultes (1).

SECTION I

PROPRIÉTÉ DES ÉGLISES

Il est indispensable de prendre nettement parti dans le débat soulevé à l'occasion de la question de propriété.

Pendant que dure l'affectation de ces édifices au service du culte, les intérêts mis en jeu par la controverse sont déjà considérables ; ils suffiraient à justifier les développements que nous allons lui donner. La solution du problème influe, peut-être, sur la détermination de la personne morale à qui doit appartenir l'exercice des actions réelles relatives aux églises ; toutefois, cela est fortement contesté et la grande majorité des auteurs pense que des principes tout différents doivent présider à cette détermination. Nous croyons, bien que ce soit aussi très discuté,

(1) Nous pouvons commencer sans inconvénient par l'étude des questions de propriété, puisque, dans le système que nous avons adopté au cours du chapitre 1^{er}, les choses publiques *stricto sensu* sont objets de propriété. Nous le devons même, car, dans une certaine mesure, la domanialité des églises dépend de la personne morale qui en est propriétaire.

qu'il n'est pas possible de répartir les églises entre le domaine public et le domaine privé, sans avoir au préalable tranché la question de propriété (1).

Mais l'importance de la controverse apparaît surtout dans l'hypothèse où une désaffectation viendrait à se produire, soit par voie de suppression de paroisse, soit par suite de la construction d'un nouvel édifice. Il ne s'agit, en effet, de rien moins que de savoir à quelle personne morale va appartenir la pleine disposition de l'ancienne église, la désaffectation ne pouvant, en aucun cas, opérer un déplacement de la propriété.

L'intérêt du problème serait encore augmenté si, après une dénonciation régulière du Concordat, le Parlement se décidait à prononcer la séparation, tant de fois réclamée, des Églises et de l'État (2).

Propriété des églises cathédrales et métropolitaines.

Les églises cathédrales et métropolitaines rendues au culte en exécution du Concordat sont la propriété de l'État.

Confisquées avec la généralité des biens ecclésiastiques par le décret du 2 novembre 1789, ces églises n'ont pas cessé, depuis lors, d'appartenir à l'État. L'art. 12 du Concordat porte, il est vrai, que toutes les églises métropolitaines, cathédrales... non aliénées, nécessaires au culte,

(1) Cf. plus loin, dans le cours de ce même chapitre, le développement que comportent ces deux idées.

(2) Voir sur tous ces points Borde, *thèse* pour le doctorat, p. 32 et 33; Bouniols, *id.*, p. 67.

seront remises à la disposition des évêques », mais il ne faut voir, croyons-nous, dans cette restitution, qu'une simple mesure de police. L'État n'a certainement pas entendu se dessaisir de son droit de propriété ; à qui, d'ailleurs, aurait-il bien pu le transférer ? Aux diocèses et aux métropoles, mais ce ne sont pas des établissements publics ; aux départements, mais, en l'an X, le législateur ne leur avait pas encore conféré la personnalité civile ; quant aux communes ou aux fabriques, à quel titre seraient-elles propriétaires d'édifices destinés à un service qui embrasse tout un département et parfois plusieurs (1).

Les églises cathédrales et métropolitaines, construites depuis l'an X, appartiennent à la personne morale qui a supporté les frais de construction, État, département, fabrique ou commune, pourvu qu'elle soit en même temps propriétaire du terrain. Nous estimons, en effet, que dans le silence des textes il ne faut pas hésiter à faire application des principes de droit commun exprimés dans le Code civil, au titre : *De la propriété*, et notamment des art. 552 à 556. En pratique, ces édifices seront le plus souvent la propriété de l'État.

Propriété des églises paroissiales.

a) *Construites depuis le Concordat.* — Les églises paroissiales construites ou rachetées depuis le Concordat

(1) En ce sens G. Appert, *Revue critique de législ.*, 1877, *De la propriété des églises*, p. 738 ; Ducrocq, *Des églises et autres édifices du culte catholique*, p. 21 ; Dufour, *Police des cultes*, p. 619 ; Gaudry, *Traité de la législation des cultes*, t. II, p. 497.

appartiennent soit à la fabrique, soit à la commune, suivant que l'une ou l'autre a procédé à la construction ou au rachat, avec ou sans le secours de l'Etat et des fidèles. Il est presque inutile d'ajouter que la règle « *superficiès solo cedit* » doit encore trouver son application. Par conséquent, si une fabrique vient à faire bâtir une église sur un terrain appartenant à la commune, cette dernière sera, sans nul doute, propriétaire de l'édifice. Toute la difficulté consiste à savoir si la fabrique n'a pas le droit de réclamer une indemnité, au moment où la désaffectation est prononcée. Nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de l'affirmative, car, ainsi que nous le verrons par la suite, on ne peut considérer la fabrique comme une usufruitière et faire intervenir les dispositions de l'art. 599 § 2 du Code civil.

b) Rendues au culte en exécution du Concordat et de l'art. 75 de la loi du 18 germinal an X. — C'est à l'occasion de cette catégorie d'édifices que les controverses ont pris naissance et que les systèmes les plus divergents ont été tour à tour proposés. Reconnaissons toutefois que, depuis de longues années, la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation consacre invariablement les prétentions des communes, ne laissant ainsi à notre question qu'un intérêt doctrinal. Cette circonstance va nous permettre de résumer plus brièvement les opinions dissidentes.

Propriété des paroisses. — Nous pouvons rejeter, tout d'abord, un système d'après lequel les églises dont nous nous occupons seraient la propriété des paroisses. La paroisse, en effet, ne constitue pas une personne morale et il est, par conséquent, aussi antijuridique que peu conforme à la lettre des textes législatifs de lui reconnaître

la qualité de propriétaire. Cette thèse n'a été soutenue que par M^{re} Affre (1).

Copropriété des fabriques et des communes. — Écartons, pour n'y plus revenir, un second système dans lequel la propriété des églises paroissiales serait « d'une nature particulière, assujettie à des règles particulières et déposée cumulativement entre les mains des communes et des fabriques dans l'intérêt exclusif et perpétuel du culte » (2). Cette théorie, comme le dit fort justement M. Appert, sacrifie la logique au désir de concilier des prétentions contraire. Elle doit être repoussée, car, si les fabriques et les communes peuvent invoquer à l'appui de leurs revendications de sérieux arguments de texte et de puissantes considérations rationnelles, il n'est aucune bonne raison de croire à un droit égal de ces personnes morales, à une copropriété.

Quelques décisions de jurisprudence paraissent cependant avoir accueilli cette manière de voir ; nous citerons, entre autres, un arrêt de la Cour de Cassation du 7 juillet 1840 qui conclut que « la propriété absolue des églises n'est exclusivement attribuée ni aux communes ni aux fabriques » (3).

Propriété de l'État. — Partant de ce point de départ incontesté que le décret des 2-4 novembre 1789 a valablement confisqué tous les biens ecclésiastiques, meubles et immeubles, M. G. Appert s'attache à démontrer que, depuis lors, l'État n'a jamais été dépouillé de son droit sur les églises (4). C'est la solution que nous-même, nous avons admise en ce qui concerne les cathédrales et les métropoles.

(1) Affre, *Traité de la propriété des biens ecclésiastiques*.

(2) Gaudry, *Législation des cultes*, t. II, p. 510.

(3) *Journal des fabriques*, t. VII, p. 27; S., 1840. 4. 597.

(4) Appert, *Revue critique*, 1877, article précité, p. 737 et suiv.

Le décret du 11 prairial an III, selon M. Appert, ne saurait être invoqué en faveur des communes, parce que ce texte ne confère à leurs habitants que le libre usage des églises. Il en est de même, ajoute cet auteur, des arrêtés du 7 nivôse et du 2 pluviôse an VIII. Toutes ces dispositions ne constituent que des mesures de police ; elles n'ont pas un caractère assez tranché, assez précis, pour opérer un déplacement de propriété (1). Le célèbre avis du 2 pluviôse an XIII, très catégorique en ses termes, reconnaît bien, il est vrai, que les communes sont devenues propriétaires des églises et des presbytères qui leur ont été abandonnés en exécution de la loi du 18 germinal an X ; mais ce texte n'a pas été inséré au *Bulletin des lois* et il se trouve, par conséquent, dépourvu de la force législative qui, en vertu de l'art. 2 du règlement du 3 nivôse an VIII, est inhérente aux avis interprétatifs, régulièrement promulgués et publiés.

La prétention des fabriques, poursuit M. Appert, ne doit pas être acceptée davantage, car elle ne repose pas sur des bases plus sérieuses. Il est inadmissible que les rédacteurs du Concordat, en mettant par l'art. 12 les édifices du culte catholique non aliénés « à la disposition des évêques », aient entendu déplacer au profit de ces établissements publics la propriété des églises ; d'ailleurs, il n'entrait point dans les vues du premier Consul d'accorder au pouvoir religieux au delà de ce qui était nécessaire au relèvement du culte. L'État ne s'est donc pas dessaisi par le Concordat et, puisqu'il n'a été déposé par aucun acte

(1) V. ces trois textes dans Duvergier, *Collection des lois*, le premier dans le t. VIII, p. 159, le second et le troisième dans le t. XII, p. 55 et 75.

postérieur, on est autorisé à conclure qu'il est encore propriétaire.

Comme tel, l'État a seul qualité pour intenter les actions pétitoires immobilières et y défendre, il peut user à son gré des parties de l'édifice qui viendraient à être retranchées et même disposer de la totalité d'une église actuellement affectée, à la condition de fournir au culte un autre édifice convenable. Enfin les meubles précieux rendus à leur destination primitive par le Concordat lui appartiennent aussi.

Nous verrons cependant, par la suite, que ces déductions ne sont pas une conséquence logique et nécessaire du système adopté par M. Appert.

Propriété des fabriques. — Cette solution se présente, dit-on, comme la plus naturelle, la plus propre à donner satisfaction aux besoins religieux. Quoi de plus rationnel que d'attribuer aux fabriques, qui représentent des intérêts exclusivement catholiques, la propriété des églises paroissiales !

Loin d'être en opposition avec l'ensemble de nos textes législatifs, cette thèse si séduisante se trouve en parfaite concordance avec eux, notamment avec la lettre et l'esprit du Concordat et des articles organiques. L'art. 12 du Concordat et l'art. 75 de la loi du 18 germinal an X ont, en effet, remplacé les églises dans la situation où elles se trouvaient avant 1789. Or, sous l'ancien régime, ces édifices publics étaient des propriétés ecclésiastiques. Nul doute, par conséquent, que la restitution ordonnée par le Concordat n'ait été effectuée en faveur des fabriques.

On ne peut objecter que les termes employés dans l'art. 12 manquent de précision. Les mots « mis à la dis-

position des évêques » (1) correspondent à la locution contenue dans le décret de spoliation de 1789 : « Tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation » et chacun reconnaît que ce décret emportait confiscation au profit de l'État. — L'absolue concordance des deux formules montre, en outre, que le gouvernement consulaire était animé du désir de revenir vers le passé dans la limite du possible.

Le sens et la portée de l'art. 12 apparaissent, d'ailleurs, très clairement, dès qu'on le rapproche de l'article suivant. Ces deux textes s'expliquent l'un par l'autre et on s'aperçoit bien vite, à la simple lecture, qu'ils renferment les deux équivalents de la transaction intervenue entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. Comme il est à présumer que les deux termes sont de même nature et de valeur sensiblement égale, l'Église abandonnant ses prétentions à la propriété des biens ecclésiastiques qui ont été aliénés pendant la Révolution, il faut admettre, pour être logique, qu'elle recouvre sur les autres non pas un simple droit de jouissance, mais un droit de propriété, tel qu'elle l'exerçait avant 1789.

On ne doit pas se laisser arrêter davantage par cette considération que les fabriques n'étaient pas instituées à l'époque où a été faite la remise des églises. Le législateur, il est vrai, n'avait pas encore réglementé les détails de leur organisation, mais il se proposait déjà de les fonder et il avait même préparé leur rétablissement, de telle sorte qu'elles existaient virtuellement, sinon en fait.

(1) Vo sur tous ces points Touzaud, *Propriété des églises*, p. 80 et suiv.; cf. aussi en ce sens, *Cours alphabétique de droit ecclésiastique*, t. II, p. 531 et suiv.; La Rivière, *thèse*, p. 77 et suiv.

Que l'on n'objecte pas l'obligation qui incombe à la commune de faire exécuter les grosses réparations; celles-ci ne tombent à sa charge que dans le cas d'insuffisance des ressources disponibles de la fabrique, principale obligée sous l'empire du décret du 30 décembre 1809 comme sous celui de la loi municipale du 5 avril 1884.

On ne saurait non plus tirer la moindre objection des avis du Conseil d'État des 3 nivôse et 2 pluviôse de l'an XIII, car, même en admettant, ce qui est fort contestable, que ces avis aient eu un moment force de loi, les décisions qu'ils renferment doivent être considérées comme implicitement abrogées par les décrets du 7 thermidor an XI et du 30 mai 1806. Ces deux textes constatent : le premier que « les biens des fabriques sont rendus à leur destination », le second que « les églises et presbytères supprimés par suite de l'organisation ecclésiastique, font partie des biens restitués aux fabriques et sont réunis à celles des cures et succursales dans l'arrondissement desquelles ils sont situés ». Or, peut-on supposer que le législateur ait refusé aux fabriques la propriété des églises actuellement affectées au culte, les seules, en définitive, qui leur servent à remplir leur destination, quand il leur abandonne les églises supprimées ?

Le décret du 30 décembre 1809, en imposant à ces personnes morales l'obligation de subvenir à toutes les charges : grosses réparations, réparations d'entretien et dépenses ordinaires du culte, montre bien, au surplus, quel est le véritable propriétaire et ne fait que confirmer les autres arguments (1).

(1) En ce sens, Nancy, 31 mai 1827, D. P., 28. 2. 177; Trib. Chartres, 13 juin 1834, S., 36. 2. 99, *ad notam*; Cass., 1836, S., 1837.

Propriété des communes. — En dépit de ces raisonnements, le système de M. Touzard n'a guère obtenu de suffrages en doctrine et s'est vu repousser par la jurisprudence civile comme par les tribunaux administratifs. On lui préfère une solution tout aussi satisfaisante au point de vue rationnel et, bien qu'on l'ait nié, en conformité absolue avec les textes législatifs sagement interprétés, cette théorie d'après laquelle les églises paroissiales sont la propriété des communes. C'est la thèse que nous-mêmes nous nous proposons d'adopter. Les arguments qui vont nous servir à l'étayer seront en même temps la réfutation des deux systèmes précédents.

Des dispositions législatives peu concluantes ont cependant été invoquées par certains auteurs, procédé dangereux qui aurait pu entraîner le rejet définitif d'une cause excellente. C'est ainsi qu'on n'a pas craint d'appuyer les prétentions légitimes des communes sur le décret du 11 prairial an III et sur les arrêtés du 7 nivôse et du 2 pluviôse an VIII. Mais, M. Appert et bien d'autres à sa suite l'ont surabondamment démontré, ces textes se réfèrent tous trois à l'usage des églises, c'est-à-dire au droit de s'en servir et ne tranchent nullement une question de propriété. L'État ne s'est dépouillé par aucun d'eux. Simples mesures de police, ils doivent donc demeurer étrangers au débat (1).

1. 49. Cf. en Belgique Cass., 20 juillet 1843, *Pasicr. belge*, 1843. 1. 237, *Belg. judic.*, 1843, p. 1395; Bruxelles, 3 juin 1819, *Belg. judic.*, 1869, p. 774, etc.

(1) On peut consulter en ce sens un avis des comités réunis de législation et de l'intérieur du Conseil d'État rendu en date du 10 octobre 1836.

N'hésitons pas à le reconnaître, au moment où va être signé le Concordat, les églises paroissiales appartiennent encore à l'État. Nous croyons pour des motifs analogues que la convention intervenue en 1801 entre le Saint-Siège et le gouvernement français ne change rien à cet état de choses, car elle ne contient pas un dessaisissement formel de la propriété au profit des fabriques. Le mot « remettre », en effet, n'est pas toujours synonyme de rétablir et peut parfaitement s'appliquer à un régime nouveau ; rien ne prouve, par conséquent, que l'on ait entendu revenir au système antérieur à 1789.

D'autre part, s'il est exact que le Concordat se présente sous l'aspect et, jusqu'à un certain point, avec les caractères d'une transaction, il est loin d'être démontré que les art. 12 et 13 soient les deux termes de cette transaction. Si le premier de ces articles était, comme on l'a dit, le pendant et la contre-partie du second, l'État n'aurait pas restitué seulement aux fabriques les édifices du culte, il leur aurait rendu, en même temps, les autres biens ecclésiastiques non aliénés. Or, cette restitution n'a eu lieu que l'année suivante par l'arrêté du 7 thermidor an XI, celui-là même qui institue les fabriques. Au fond, ce que l'Église obtient, en l'an X, ce qui constitue l'équivalent des prétentions auxquelles elle renonce, c'est le rétablissement du culte catholique, le droit de l'exercer publiquement et officiellement. Il n'y a donc aucune raison pour interpréter l'art. 12 par l'art. 13 et tirer un argument quelconque de ce fait que, dans le texte qui consacre l'abandon définitif par l'Église des biens ecclésiastiques aliénés, une question de propriété est en jeu.

Au surplus, les fabriques étant encore dépourvues à cette date de toute existence légale, comment l'État aurait-il

pu leur abandonner, par ce Concordat qui ne les mentionne dans aucun de ses articles, la propriété des églises paroissiales ? Le gouvernement consulaire, nous dit-on, songeait déjà, en 1801, à les organiser. Cela est possible, probable même, mais ne diminue en rien la force de notre raisonnement. En pareille matière, l'intention ne suffit pas ; il faut qu'elle soit réalisée.

Une dernière constatation tend à démontrer que l'État n'a entendu se dessaisir au profit des fabriques ni par l'art. 12, ni par les articles organiques. C'est la nécessité d'un décret, le décret du 30 mai 1806, pour attribuer à ces établissements publics la propriété des églises et des presbytères « supprimés par suite de l'organisation ecclésiastique ». De ce texte, relatif seulement aux édifices qui ont perdu leur affectation au service du culte, il résulte clairement qu'en 1806, cinq ans après le Concordat, le droit des fabriques sur les églises « remises à la disposition des évêques » paraissait pour le moins douteux. On ne parviendrait pas, en effet, à s'expliquer, s'il n'en avait été ainsi, les difficultés auxquelles l'attribution des églises supprimées a donné lieu.

De plein droit, elles auraient appartenu à la fabrique de la circonscription ecclésiastique dans laquelle elles se trouvaient englobées. Pour infirmer ce raisonnement, il ne suffit pas de répondre, comme l'a fait M. Touzaud, que le décret de 1806 a un caractère purement déclaratif, il faudrait encore l'établir. Par impossible, réussirait-on à faire une pareille démonstration, le décret précité nous fournirait encore, en ce qui concerne les églises conservées, un argument *a contrario*.

Allons-nous conclure avec M. Appert que les églises paroissiales appartiennent à l'État ? Nullement. Dans le pro-

blème si complexe dont nous essayons de dégager les principaux éléments, il en est un, en effet, que jusqu'ici nous n'avons pas fait intervenir et qui suffit, à lui seul, pour faire pencher la balanée en faveur des communes; nous voulons parler des deux avis du Conseil d'État en date du 3 nivôse an XIII et du 2 pluviôse de la même année, avis dont le sens général nous est déjà connu (1).

C'est en vain que les partisans des systèmes adverses se sont efforcés de contester l'autorité de ces textes, soit en se plaçant sur le terrain constitutionnel, soit même en soutenant qu'ils ne peuvent avoir la force législative, n'ayant pas été régulièrement promulgués et publiés.

On ne saurait, croyons-nous, s'attacher sérieusement au reproche d'inconstitutionnalité. Sans doute, les trois consuls firent un règlement entaché de ce vice lorsqu'ils décidèrent, le 3 nivôse an VIII, que « le Conseil d'État développe le sens des lois sur le renvoi qui est fait par les

(1) Cette solution est adoptée notamment en doctrine par MM. Aucoc, *Revue critique de légist.*, 1878, p. 170 et suiv.; Dueroeq, *Cours de droit administr.*, t. II, n° 1411 et s.; *Des églises*, p. 21; Dufour, *Police des cultes*, p. 619; Gaudry, *Traité du domaine*, t. I, p. 164; Hauriou, *Précis de droit administr.*, 3^e éd., p. 105; Laferrière, *Droit administratif*, 5^e éd., t. II, p. 414; Vuillefroy, p. 304, etc. Cf. dans le même sens l'avis du Conseil d'État du 24 décembre 1896 et la circulaire ministérielle du 27 janvier 1897. Parmi les décisions judiciaires rendues en ce sens, nous citerons : Poitiers, 20 f. 1835, S., 1835. 2. 206; Limoges, 3 mai 1836, S., 36. 2. 473; Paris, 13 mars 1880, D., 80. 2. 97; Cass., 12 mars 1839, S., 39. 1. 281; 10 décembre 1849, S., 1850. 1. 253; Cons. d'État, 6 avril 1854, Lebon, p. 274; 22 décembre 1859, Lebon, p. 763. En Belgique les arrêts les plus récents sont tous en ce sens; Bruxelles, 21 juin 1880; 25 mai 1880.

consuls des questions qui leur ont été présentées » (1). Chargés par la constitution du 22 frimaire d'appliquer les lois et d'en assurer l'exécution, ils ne pouvaient assurément ni la modifier, ni y ajouter, comme ils l'ont fait par la disposition que nous venons de rapporter. Il semble, par conséquent, que les avis rendus en conformité du règlement de nivôse fussent dépourvus de valeur au même titre que le texte sur lequel ils s'appuient, et cependant la doctrine tout entière reconnaît avec raison la pleine validité de ces actes législatifs.

Les avis dont il est question, en les supposant inconstitutionnels dans leur principe, ont été l'objet d'une confirmation tacite qui a fait disparaître ce vice originel. Ils étaient compris, en effet, dans la liste des actes que le Sénat, aux termes de l'art. 21 de la Constitution de l'an VIII, avait le pouvoir de maintenir ou d'annuler, quand ils lui étaient déférés par le gouvernement ou par le Tribunat. De là, il résultait, par voie de conséquence, que les arrêtés, les décrets, les règlements et aussi les avis du Conseil d'État inconstitutionnels devenaient inattaquables si le Sénat les confirmait expressément ou si leur annulation n'était pas proposée. Or, c'est précisément ce qui s'est produit pour les avis du 3 nivôse et du 2 pluviôse de l'an XIII. Leur confirmation résulte, en outre, des sénatus-consultes organiques de l'Empire, d'après lesquels tout acte inconstitutionnel non attaqué devant le Sénat dans les dix jours devenait, par le fait même, pleinement valide (2).

(1) Règlement du 3 niv. an VIII, art. 2.

(2) On peut cependant se demander si ces avis ont été entourés d'une publicité suffisante pour que le délai de dix jours ait commencé à courir. On ne peut faire la même objection en ce qui concerne le règlement de nivôse.

Mais, en réalité, ils n'avaient nul besoin d'être confirmés, puisque le règlement qui leur servait de base n'avait pas lui-même été annulé et ne pouvait plus l'être. A aucune époque, par conséquent, nos textes n'ont revêtu un caractère inconstitutionnel (1).

Battus de ce côté, nos adversaires objectent encore que les avis de nivôse et de pluviôse an XIII ne peuvent avoir force législative, puisqu'ils n'ont été ni promulgués, ni publiés conformément aux exigences de la loi du 12 vendémiaire an IV, art. 72, abrogée, mais seulement en ce qui concerne les lois, par le titre préliminaire du Code civil.

Leur promulgation, il n'est pas possible de le contester, résulte de l'approbation que leur a donnée l'empereur, mais ont-ils reçu une publicité suffisante? Cela paraît beaucoup plus douteux. On a répondu cependant que, aux termes d'un avis du Conseil d'État, en date du 25 prairial an XIII, dont la parfaite régularité est certaine, les décrets qui règlent des intérêts particuliers et n'ont pas été insérés au *Bulletin des lois* sont, quand même, « obligatoires du jour qu'il en est donné connaissance aux personnes qu'ils concernent par publication, affiche, notification ou signification, ou envois faits ou ordonnés par les fonctionnaires publics chargés de l'exécution ». Or, ces conditions ont été remplies par nos deux avis, surtout pour l'avis de pluviôse, le plus important.

De là, on a conclu que les avis de nivôse et de pluviôse an XIII, transformés l'un et l'autre en véritables décrets par l'approbation de l'empereur sont exécutoires, puisqu'ils ont été promulgués et publiés (2). Mais, comme il fallait

(1) V^o Borde, *thèse*, p. 59 à 62.

(2) Aucoc, *Propriété des églises paroissiales*.

s'y attendre, cette augmentation n'est pas restée longtemps sans réponse (1).

M. Touzard, en effet, s'appuyant sur la date respective des avis du Conseil d'État, formulés à l'occasion des églises paroissiales, et de l'avis du 25 prairial an XIII, a fait observer avec raison que ce dernier est postérieur, de plusieurs mois, aux deux autres et ne saurait, par conséquent, leur être applicable (2). Le principe fondamental de la non rétroactivité des lois ne souffre d'exception en matière civile, dit cet auteur, que dans deux cas : lorsque le législateur a formellement exprimé sa volonté sur ce sujet et lorsqu'on se trouve en présence d'un texte interprétatif d'une disposition antérieure ; or, l'avis du 25 prairial ne répond pas plus à la seconde condition qu'à la première. On ne peut le représenter comme interprétatif de la loi du 12 vendémiaire an IV, puisqu'il est de tous points en contradiction absolue avec le texte si formel et avec l'esprit de cette loi dont le sens n'a jamais paru contestable. Il altère une disposition absolument précise, catégorique, et distingue entre les décrets là où la loi de vendémiaire en contenait trace d'aucune distinction. En instituant pour les décrets relatifs à un intérêt privé une publicité en quelque sorte privée, l'avis de prairial introduit dans nos codes un droit nouveau et, comme toute loi nouvelle qui n'a pas été expressément déclarée rétroactive, il n'a d'effet que pour l'avenir et ne saurait donner aux avis de nivôse et de pluviôse an XIII la force et la valeur qu'ils n'avaient pas avant lui.

(1) Touzard, article précité, *Revue catholique des institutions et du droit*, vol. XI.

(2) *Contrà*, Aucoc, *op. cit.*, p. 174 ; Béquet, *Culte*, t. IX, n° 1927.

On peut d'ailleurs, se demander si ces deux textes rentrent bien dans la sphère d'application de l'avis de prairial, en un mot s'ils sont véritablement relatifs à un intérêt privé. Nous croyons, quant à nous, que le problème posé devant le Conseil d'État et résolu par lui, de même que toutes les autres questions ayant trait au culte, touche à un intérêt général, puisque la bonne organisation et le bon fonctionnement d'un service public sont susceptibles de dépendre, dans une certaine mesure, de la solution qui lui est apportée.

Pour tous ces motifs, nous le reconnaissons sans aucune peine, les avis de nivôse et de pluviôse an XIII ne sauraient avoir une autorité entière; il ne faut point hésiter à leur refuser la valeur, la force obligatoire qui s'attachent à des textes législatifs absolument réguliers en la forme. Ces derniers tranchent et décident d'une façon souveraine et il n'y a plus qu'à s'incliner devant les décisions et les dispositions de toute sorte qu'ils renferment; il n'en est pas ainsi de nos deux avis. Mais, même en admettant qu'ils n'aient pas force de loi, ce que nous croyons être la vérité, « nous devons du moins leur reconnaître, avec M. Borde, une autorité doctrinale importante, en ce sens qu'ils ont été rédigés par ceux qui ont assisté à la confection du Concordat et qui ont fait les articles organiques » (1). Le Conseil d'État, cet organe si important de la vie nationale sous l'empire de la constitution de l'an VIII, devait avoir de bonnes raisons que malheureusement il n'a pas données, mais qu'on devine, pour résoudre le différend, ainsi qu'il l'a fait, et il n'a dû agir qu'en pleine connaissance de cause. Nos deux textes,

(1) Borde, *ibid.*, p. 73.

si l'on veut, ne sont que des arguments de raison, mais en l'absence complète, nous l'avons vu, d'une disposition attribuant nettement la propriété des églises paroissiales aux fabriques ou la conservant à l'État, ils suffisent à former notre conviction et nous paraissent déterminants en faveur des communes. Aucune des opinions que nous combattons ne peut invoquer à son appui un motif de décider aussi probant.

Une forte présomption dans le même sens vient, au surplus, corroborer la solution fournie par le Conseil d'État. Ne serait-il pas quelque peu étrange, en effet, que l'État eût refusé aux communes la propriété d'édifices affectés à un service public, avant tout, communal, comme les églises paroissiales ? Bien qu'ouvertes à tous sans distinction, elles sont plus spécialement réservées, en vertu de leur destination particulière, à la collectivité communale et appelées à satisfaire les aspirations et les besoins religieux de cette dernière. La commune qui la représente semble donc, par avance, toute désignée pour être propriétaire des églises paroissiales qu'elle renferme sur son territoire (1).

L'État, d'ailleurs, n'acquitte plus les charges qu'il s'était imposées en s'emparant de ces édifices, lors de la confiscation des biens ecclésiastiques, et les textes législatifs postérieurs au Concordat, le décret du mois de décembre comme la loi du 5 avril 1884, répartissent ces charges entre d'autres personnes morales publiques, mon-

(1) Voir dans l'article précité de M. Appert, *Revue critique de législation*, 1877, l'exposé des considérations diverses qui, d'après cet auteur, ont dû déterminer le Conseil d'État à opter pour les communes.

trant ainsi que les églises ont changé de maître. Mais, si ces deux textes établissent très clairement qu'il y a eu dessaisissement de la part de l'État, ne démontrent-ils pas, en même temps, que ce dessaisissement a été opéré au profit des fabriques, puisque l'obligation qui incombe aux communes, de subvenir aux grosses réparations et à la reconstruction de l'église est purement subsidiaire ? Nous répondons sans hésiter qu'il n'en est rien, car nous ne croyons pas que le droit de propriété soit nécessairement corrélatif à ces charges.

Sans doute, dans le cas où l'usufruit est séparé de la nue propriété et plus généralement toutes les fois que le droit de propriété est démembre, ni l'usufruitier, ni le titulaire de la servitude ne sont tenus d'effectuer les grosses réparations, d'après les principes généraux du Code civil, mais de là à conclure que toute personne tenue de ces mêmes réparations est forcément propriétaire il y a loin. Comment justifier cette généralisation, ce passage du connu à l'inconnu ? Une dérogation à la règle ordinaire peut être introduite par les parties intéressées ; en dehors de l'intervention de celles-ci, cette dérogation peut aussi résulter d'un texte de loi qui, pour des raisons particulières, opère sur d'autres bases une répartition différente des charges.

Nous nous trouvons précisément en présence d'une hypothèse de ce genre. Le motif très juridique qui, peut-être à leur insu, a décidé les rédacteurs du décret de 1809 et de la loi municipale de 1884 à statuer comme ils l'ont fait, est que les rapports respectifs des communes et des fabriques ne sauraient être régis, en ce qui concerne les églises paroissiales, par les articles du Code civil relatifs à l'usufruit, puisque, si les communes sont véritablement

propriétaires de ces édifices publics, les fabriques n'en ont pas l'usufruit.

Le droit défini par l'art. 578 et celui des fabriques offrent sur bien des points une réelle ressemblance ; jouissant comme un usufruitier d'une chose qui ne leur appartient pas, à charge d'en conserver la substance et d'en user suivant sa destination, ces établissements publics en perçoivent les fruits et les produits, l'administrent et les réparations d'entretien leur incombent. Mais les différences qui séparent ces deux situations sont telles, si nombreuses et si profondes, qu'il n'est vraiment pas possible d'en faire abstraction.

Le droit qui appartient aux fabriques ne tire jamais son origine d'un contrat ou d'une disposition de dernière volonté ; il a sa source dans les textes de toute sorte émanés de l'autorité publique qui affectent les églises à leur destination religieuse. Il n'est pas astreint aux mêmes règles quant à sa durée, car il subsiste jusqu'au moment où la désaffectation vient à être prononcée et ne saurait prendre fin même par un abus de jouissance ; il est incessible et, en outre, échappe à l'application de l'art. 595, les fabriques pouvant faire aux particuliers des concessions perpétuelles, aux termes de l'art. 72 du décret de 1809.

Toutes les différences que nous signalons résultent de textes clairs et précis où les législateurs successifs n'ont fait que s'incliner devant la nature même des choses. Ces derniers ont très justement compris que, pour mener à bonne fin le rôle qu'elles sont appelées à remplir, il faut aux fabriques des droits plus étendus que ceux d'un usufruitier ordinaire. L'équilibre rompu de ce côté devait l'être aussi du côté des charges ; à un pouvoir plus grand,

devaient correspondre des obligations plus lourdes, et c'est ce qui a eu lieu, nous venons de le voir.

Quelle est donc la mission générale des fabriques ? Le décret de 1809 l'a dit avec exactitude dans son art. 1^{er} : « Elles sont chargées de veiller à l'entretien et à la conservation des édifices du culte... d'assurer l'exercice du culte et le maintien de sa dignité en réglant les dépenses nécessaires et les moyens d'y pourvoir ». Partant de ce point de départ, un savant auteur de droit administratif dont nous adoptons l'opinion, observe judicieusement qu'un partage d'attributions exécuté entre les communes et les fabriques, suivant les principes du Code civil, « eût laissé au corps municipal mille moyens de gêner et d'entraver l'exercice du culte et mis les fabriques dans l'impossibilité d'assurer aux fidèles les avantages les plus précieux à attendre de l'institution des paroisses. (1) »

Malgré tout, une partie de la doctrine persiste à reconnaître dans le droit qui nous occupe, une espèce particulière d'usufruit modifié par suite de circonstances spéciales. Nous croyons plus exact d'y voir simplement un droit de jouissance *sui generis* qu'il ne faut pas songer à qualifier d'une manière plus précise, puisque le législateur ne lui a donné ni un nom, ni même un équivalent.

La question est loin d'être aussi théorique qu'elle le semble au premier aspect. Aucun texte n'ayant déterminé d'une manière explicite à qui appartient l'exercice des actions relatives aux églises, la solution à adopter sur ce point dépend du parti que l'on prend dans notre controverse. Si les fabriques sont usufruitières, elles ne peuvent,

(1) Dufour, *Traité de droit administratif appliqué*, 3^e édition, t. VI, p. 226.

semble-t-il, agir au pétitoire, n'étant pas qualifiées pour cela ; il faut, en effet, appliquer dans ce cas les règles du droit commun, puisque aucune dérogation expresse n'y est apportée. Plusieurs arrêts sont en ce sens (1). Admet-on, comme nous, l'opinion adverse, tout motif d'étendre à notre hypothèse les règles de la propriété privée disparaît et il faut aller chercher ailleurs les éléments de solution.

Les communes ont incontestablement le droit d'agir en justice, n'en est-il pas de même des fabriques (2) ? Chargés par la loi d'assurer la liberté et l'indépendance du culte, ces établissements publics doivent veiller à la conservation des temples ; ils ont le droit et l'obligation d'empêcher les empiètements des particuliers. Il est rationnel, par conséquent, qu'ils puissent s'adresser directement aux tribunaux.

Les rédacteurs du décret de 1809 n'ont certainement pas voulu refuser aux fabriques une faculté aussi indispensable au succès de leur mission et, lorsqu'une usurpation se produit, limiter le rôle de celles-ci à une dénonciation, selon l'art. 614 du Code civil. Il est possible que la commune soit mal intentionnée, peu disposée à mettre un terme à une situation à laquelle, peut-être, elle n'est point étrangère ; elle peut, soit refuser catégoriquement d'agir en justice, soit même porter atteinte au droit de jouissance de la fabrique. En prévision de toutes ces hypothèses, il faut, par conséquent, que cette dernière soit armée contre ses adversaires.

(1) Notamment un arrêt de la cour de Limoges du 3 mai 1836, D., 1837. 2. 97 et un arrêt du Conseil d'État du 7 mars 1838.

(2) Un seul arrêt, l'arrêt de la cour de Nancy du 31 mai 1827, a dénié ce droit aux communes, D., 18. 2. 8. 2. 179.

Le concours de ces deux personnes morales, une fois admis, donne lieu à une dernière difficulté : on doit se demander dans quelle mesure chacune d'elles a le droit de se présenter devant les tribunaux. Quelques auteurs pensent que, l'intérêt étant la mesure des actions, il faut rechercher dans chaque espèce qui, de la commune ou de la fabrique, est directement intéressé ; celle-ci seule pourra agir (1). D'autres, dont nous sommes, croient ce système susceptible d'amener bien des complications et ne départagent point le droit d'action. Nous dirons donc avec M. Ducrocq : « communes et fabriques également intéressées à titres divers à la conservation des édifices consacrés au culte, possèdent également le droit de défense et d'action » (2).

Dépendances et meubles des églises.— Les murs, piliers et contreforts extérieurs, les chapelles adjacentes et autres dépendances naturelles d'une église ont, en principe, le même propriétaire que l'édifice auquel ils se rattachent d'une manière si intime. Cela n'a jamais été contestée par personne, même pour les chemins de ronde, aussi jugeons-nous inutile d'insister sur ce point. Il ne nous reste donc qu'à dire quelques mots des objets mobiliers enfermés dans les temples.

Les textes sont muets à leur endroit, mais les règles du droit commun, certainement applicables, permettent de résoudre toutes les difficultés. On l'a méconnu cependant.

(1) Notamment Borde, *thèse*, p. 188 et 189 ; Dufour, *op. cit.*, t. VI, p. 266 et suiv. ; Hauriou, *op. cit.*, p. 105 et 106.

(2) Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. II, p. 431. Cf. dans le même sens, *Des églises*, § 5 du même auteur ; Bonniols, *op. cit.*, p. 83 et 84.

Quelques auteurs et un jugement du tribunal d'Alençon, à la date du 6 octobre 1844, attribuent, en effet, le caractère d'immeubles par destination à tous ces objets et tranchent, par cela même, les questions de propriété et de domania-lité. Cette solution simpliste, si elle n'était en désaccord absolu avec les art. 524 et 525 du Code civil, aurait, nous le reconnaissons, le précieux avantage d'éviter bien des complications ; ce n'est pas suffisant pour l'admettre. En fait, elle est à peu près abandonnée aujourd'hui (1).

Une autre opinion beaucoup plus juridique, à laquelle nous croyons devoir nous rallier, ne donne le caractère immobilier qu'aux choses incorporées matériellement à l'église ou attachées à perpétuelle demeure, conformément aux prévisions de l'art. 525. Les boiseries, les autels fixes, les tribunes, la chaire, les grands prix d'orgue, les horloges, les statues placées dans une niche, etc., consti-tuent, par conséquent, des immeubles par destination et revêtent la même nature juridique que l'édifice, pourvu qu'ils aient été apposés par les représentants de la per-sonne morale propriétaire de l'église ou, du moins, avec leur coopération. Tous les autres objets sont des meubles : il faut donc rechercher dans quel patrimoine ils figurent. Le problème est fort délicat et ne peut être résolu qu'en les divisant en deux catégories :

A. — Meubles rendus au culte en vertu du Concordat. — Ces meubles ont donné lieu à des controverses internu-

(1) Je cependant en ce sens Gailly, *Les statues des églises*, n° 724, Paul Dupré et Gastave Olendorf, *Le culte des églises*, *Revue des Arts*, n° 297 et suivants, et dans l'autre sens, l'abbé L. de la Motte, *La collection générale des monuments historiques*, n° 47 ; *Revue de la conservation*, n° 61.

nables sur lesquelles nous n'insisterons pas, cette matière ne se rattachant qu'indirectement à l'objet de notre étude. Tandis qu'une partie de la doctrine, mue par des raisons de sentiment plutôt que par des considérations d'ordre juridique, et quelques arrêts en attribuent la propriété aux fabriques, certains auteurs l'attribuent à l'État, sous prétexte qu'à aucune époque il ne s'en est dessaisi par voie de disposition expresse. D'autres, enfin, proposent d'appliquer ici le vieil adage : « *Accessorium sequitur principale* » l'accessoire suit le principal et doit avoir un sort identique. Si l'État, dit-on dans cette dernière opinion, n'a pas consenti un abandon formel de ces meubles, c'est que la chose lui a semblé inutile; ils avaient été tacitement compris dans la restitution opérée par lui, en l'an X.

Nous adressons à ces trois systèmes un reproche analogue : ils sont trop radicaux, trop absolus et ne tiennent aucun compte des différences qui existent, en fait, entre les divers objets ayant un caractère mobilier. Beaucoup d'entre eux, selon nous, appartiennent aux fabriques : ce sont ceux qui, dépourvus de cachet et de valeur artistiques, servent, en même temps, aux usages courants. Chargées par la loi de pourvoir aux frais et aux besoins généraux du culte, les fabriques sont tenues non seulement de les entretenir, mais aussi de les remplacer lorsqu'ils sont usés; elles les possèdent réellement et, sans injustice, on ne saurait leur en refuser la propriété. Quant aux autres, les objets d'art, ils ont une individualité propre et sont destinés à subsister de longues années; ils appartiennent à la commune qui les a reçus de l'État. Ce système, presque universellement admis aujourd'hui, eut revendi-

quer l'autorité d'une circulaire ministérielle ; plusieurs arrêts ont été inspirés par lui (1).

B. — Meubles placés dans les églises depuis l'affectation concordataire. — Diverses hypothèses doivent être envisagées.

Les objets mobiliers acquis par une commune de ses deniers et placés par elle dans une église deviennent, en principe, la propriété de la fabrique ; il suffit pour cela que la commune n'ait pas entendu consentir une simple concession précaire (2). Même solution pour les choses acquises par la fabrique ou reçues par elle des particuliers, à moins que le donateur n'ait manifesté l'intention de rendre la commune propriétaire.

Doit-on apporter une dérogation à cette règle en faveur des objets d'art ? Il ne s'agit évidemment que de meubles donnés par l'État ou par les communes ; tous ceux que la fabrique a pu acquérir elle-même lui appartiennent, en effet, sans conteste. La réponse, est malaisée ; nous estimons cependant qu'il y a un réel avantage, dans ce cas spécial, à accueillir les revendications des communes, car ces personnes morales, même sous l'empire de la loi du 30 mars 1887, offrent des garanties plus sérieuses. La jurisprudence paraît fixée en ce sens ; nous devons reconnaître toutefois que les arrêts auxquels nous faisons allusions ont été rendus dans des espèces que certaines

(1) V^o circulaire ministérielle du 19 juillet 1844 et arrêt de Paris du 12 juillet 1879, D., 1880, 2. 101.

(2) On n'a donc pas à rechercher quelle est la personne morale propriétaire de l'édifice.

circonstances de la cause rendaient particulièrement favorables aux communes (1).

SECTION II

DU CARACTÈRE DOMANIAL DES ÉGLISES

L'immense majorité des auteurs et une jurisprudence invariable se prononcent, disons-le tout de suite, dans le sens de la domanialité publique des églises actuellement affectées au culte. Ceux-là même qui se refusent le plus obstinément à admettre l'existence d'un domaine public monumental apportent en leur faveur une exception à la règle ordinaire. Un texte, un indice quelconque de la volonté du législateur autorisent-ils cette différence de traitement? Telle est la question déjà effleurée au cours de notre chapitre II, que nous allons maintenant examiner en détail.

Pour traiter ce sujet d'une façon aussi rationnelle et aussi complète que possible, nous diviserons notre étude en deux paragraphes : le premier sera consacré aux églises qui sont la propriété de l'État ou des communes et le second comprendra celles, moins nombreuses, qui appartiennent aux fabriques.

§ 1^{er}. — Églises appartenant à l'État et aux communes.

Pour nous qui admettons et croyons avoir démontré que toute chose mobilière ou immobilière, régulièrement

(1) Arrêt de Lyon du 19 déc. 1873, D., 76. 2. 89; Paris, 12 juillet 1879.

affectée à la satisfaction d'un intérêt public, doit être rangée dans le domaine public, lorsqu'elle appartient à une personne morale susceptible de posséder un semblable domaine, la question à résoudre est d'une remarquable simplicité et la réponse ne peut rester longtemps indécise. Les églises dont nous nous occupons ici, c'est-à-dire les cathédrales, les métropoles et la très grande majorité des églises paroissiales, répondent-elles à notre critérium ? Satisfont-elles à toutes les conditions imposées par la raison ou par la loi positive ? C'est la seule recherche à laquelle nous ayons à nous livrer.

Parcourons cependant, pour les grouper et tenter une dernière réfutation, les opinions émises en cette matière par les systèmes adverses. Les développements déjà présentés dans la partie générale de notre travail nous permettent de ne pas insister longuement sur ce point spécial.

M. Gaudry, qui fait résider le signe et la cause efficiente de la domanialité publique dans une affectation présentant les caractères de perpétuité et de généralité, place par application de cette théorie les églises au nombre des choses publiques (1). Répudiant toute solidarité avec cette doctrine que nous avons déjà représentée comme arbitraire et dangereuse par les solutions disparates auxquelles elle aboutit, nous rejetons, par cela même, les conséquences qui en découlent et n'avons pas à insister davantage.

M. Ducrocq aboutit à une conclusion analogue, et range, lui aussi, les églises parmi les dépendances du domaine public, mais pour d'autres motifs. Ce n'est point par une application du droit commun, en vertu du critérium que

(1) V^o Gaudry, *Traité du Domaine*, t I., p. 611.

le savant auteur du *Traité des édifices publics* (1) croit enfermé dans l'art. 538 du Code civil devenu dans ce système la base unique du classement domanial; c'est à titre purement exceptionnel, parce que le législateur par une manifestation expresse de sa volonté souveraine en a décidé ainsi. « Les églises, écrit quelque part M. Ducrocq, sont en dehors du cercle d'application de l'art. 538; il fallait donc pour elles un texte spécial qui vint les mettre hors du commerce et les rendit insusceptibles de propriété. Or, elles ont comme les forteresses, leur art. 540 moins explicite mais suffisant. » Ce n'est autre que l'art. 12 du Concordat portant : « Les églises..... non aliénées seront remises à la disposition des évêques. »

Cette théorie nous semble doublement inexacte : dans son point de départ et dans la dérogation qu'elle apporte à la rigueur des principes. Nous ne pouvons revenir sur la démonstration de la première idée. En ce qui concerne le second point, nous ferons observer que l'art. 12, comme l'art. 75 de la loi du 18 germinal de l'an X, ne ressemble en rien à l'art. 540 du Code civil. Aucun indice, soit dans ses termes, soit dans l'histoire de sa rédaction, n'autorise à lui prêter le sens et la portée qu'on lui donne; il prescrit simplement la remise des édifices religieux à l'autorité diocésaine, à l'autorité qui a la mission spéciale de gérer le service auquel le gouvernement les affecte. Comment voir dans ce texte autre chose qu'une mesure de police? Peut-on ne pas le déclarer étranger aux questions de domanialité?

S'autorisant du mot « remises » qui se trouve, en effet,

(1) Ducrocq, *Des édifices publics*, p. 62; voir aussi du même auteur *Des églises* § 1, p. 8 et *Cours de droit administratif*, t II, n° 956.

dans l'art. 12, M. Ducrocq se prévaut des solutions de notre ancienne jurisprudence. Mais l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité dont jouissaient les églises antérieurement à 1789 ne nous paraissent pas susceptibles de fournir un argument en faveur du classement de ces édifices dans le domaine public ; elles résultaient non pas de l'ordonnance de Moulins, mais du caractère sacré dont les églises étaient alors revêtues en souvenir sans doute des « *res sacræ* » du droit romain.

Ceux-là aussi qui, trouvant arbitraire le travail de dissection auquel M. Ducrocq se livre sur les art. 538 du Code civil et 12 du Concordat, n'exigent plus comme condition de la domanialité publique que l'affectation de la chose à la jouissance de tous, à l'usage public, par antithèse avec l'affectation à un service public, classent pour la plupart les églises selon l'opinion courante. Les temples, dit-on dans ce système, sont des lieux publics, ouverts à tout venant, dont chacun a le droit d'user sans intermédiaire, directement, comme il use des rues, places, squares et jardins. Leur classement dans le domaine public se trouve donc imposé par le droit commun, sans qu'il soit besoin, à cet effet, d'un texte spécial. Ainsi raisonnent MM. Aubry et Rau, de Récy, Borde, Simonet et bien d'autres auteurs (1).

Nous avons déjà répondu que, ce qui est vraiment public, c'est le culte avec ses cérémonies et non pas l'édifice où il est célébré. Il faut ajouter à cela que, si les temples sont en pratique largement ouverts à tous, sans distinction de croyance, ils n'en sont pas moins destinés par leur nature plutôt à un usage confessionnel qu'à un

(1) Cf. surtout de Récy, *op. cit.*, t. I, p. 320 ; Borde, *id.*, p.

usage public. La vérité est qu'ils sont affectés à un service public et doivent, à ce titre, partager le sort de tous les édifices sur la condition desquels le législateur n'a point statué. Aucun motif particulier, en effet, n'autorise l'interprète à leur accorder un traitement plus favorable : nos lois sont muettes sur la question de domanialité et on ne peut suppléer à leur silence. Aussi MM. Batbie et Saleilles font-ils à la logique un sacrifice nécessaire et soumettent-ils les églises catholiques à l'empire de la propriété privée ; par respect pour les principes, ils leur refusent les privilèges attachés à la domanialité publique (1).

Est-ce à dire que nous approuvions la conclusion à laquelle aboutissent ces deux auteurs ? Nullement. De même que MM. Aubry et Rau, M. Borde, M. Ducrocq ou M. de Récy, nous n'hésitons pas à faire bénéficier ces églises d'une indisponibilité complète, d'une mise hors du commerce absolue. Mais il nous semble, comme à M. Gaudry, que, si cette solution doit être admise, c'est uniquement parce que les cathédrales, les métropoles, les églises paroissiales, qui sont la propriété des communes, répondent au critérium de la domanialité publique et réunissent en elles tous les caractères d'une dépendance de ce domaine.

Elles appartiennent, nous n'avons pas besoin de le démontrer, à des personnes morales susceptibles de posséder un domaine public. Il ne nous reste donc à examiner que si les autres conditions sont remplies comme la première.

(1) V^o Batbie, *Traité de droit administratif*, t. V, p., 318 ; Saleilles, *Revue bourguignonne*, 1891, p. 684 et s.

Il faut, avons-nous dit dans notre chapitre second, qu'il y ait affectation régulière et actuelle de la chose à l'utilité publique. Nous n'aurons pas à faire de longs efforts pour établir que les églises dont nous nous occupons dans ce paragraphe satisfont merveilleusement à cette double exigence.

Le Concordat, cela n'est point douteux, a fait du culte un service public organisé et réglementé comme tel ; il lui a assuré un personnel de fonctionnaires, des bâtiments, des moyens matériels et des moyens financiers, il a mis à la charge de l'État le traitement de ses ministres. Les édifices qui lui sont consacrés se trouvent, par conséquent, destinés à un besoin collectif, à la satisfaction de l'intérêt général, mais ils ne remplissent pleinement cette condition que s'ils sont affectés au culte en tant que service public, c'est-à-dire dans une circonscription ecclésiastique établie en vertu ou, tout au moins, en conséquence du Concordat. Les églises métropolitaines, cathédrales et paroissiales (cures ou succursales) sont évidemment dans ce cas ; il en est de même des chapelles vicariales, des chapelles de première, de deuxième, de troisième classe et des chapelles de secours (le nom varie avec la qualité du desservant), car ce sont des subdivisions reconnues du territoire de la cure ou succursale sur laquelle elles se trouvent. Quant aux autres édifices religieux, en quelques mains et de quelque nature qu'ils puissent être, leur affectation au culte ne présente point un caractère suffisamment marqué d'utilité publique pour en faire des dépendances du domaine public ; on ne peut les considérer que comme des propriétés privées.

Il faut enfin une affectation actuelle et régulière, aussi refusons-nous de reconnaître la domanialité des églises

qui ont déjà perdu leur destination religieuse et de celles qui n'ont pas reçu officiellement et régulièrement la leur de l'autorité compétente. Voyons donc quelles sont les formes de l'affectation et de la désaffectation.

Les églises rendues au culte par le Concordat et par les articles organiques tirent leur affectation de ces textes mêmes, ainsi que du décret d'érection de la cure ou succursale ou subdivision de la cure ou succursale. — Les autres, le plus souvent des églises paroissiales, sont affectées par l'autorité qui les a fait construire, Conseil municipal ou Conseil de fabrique. Il résulte de la loi de 1884 que la décision du Conseil municipal est réglementaire en ces matières, c'est-à-dire dispensée de toute approbation préfectorale ou ministérielle, sauf le cas où l'édifice qu'il s'agit d'affecter le serait déjà à un autre service public (1).

Bien qu'on ait essayé de le contester, les formalités de la désaffectation présentent la plus étroite analogie avec les précédentes. S'agit-il d'une église de la première catégorie — rendue au culte en vertu du Concordat, — la question fait doute. Toutefois une chose nous paraît bien certaine, c'est qu'un acte de l'autorité supérieure doit forcément intervenir. Le commune serait-elle propriétaire, la désaffectation, même dans ce cas, ne saurait être l'œuvre des autorités municipales, car, ainsi que le fait observer un savant jurisconsulte, « la propriété des églises n'a été transférée aux communes qu'à la condition expresse de les affecter au culte catholique » (2).

Quelques auteurs prétendent qu'un accord entre le

(1) Art. 68, § 5 de la loi du 5 avril 1884.

(2) Vuillefroy, *Traité de l'administration du culte catholique*, p. 305. L'art. 467 de la loi municipale est du reste formel.

pouvoir civil et l'autorité ecclésiastique représentée par les évêques est absolument indispensable. L'art. 12, disent ils à l'appui de leur thèse, a réalisé une restitution dont l'effet ne peut être détruit sans le concours et le consentement des deux autorités qui y ont participé (1). Mais cette solution, en dépit de leurs efforts, a toujours été repoussée par la jurisprudence administrative.

D'après un second système adopté par la section de l'intérieur au Conseil d'État dans sa séance du 5 décembre 1882, l'intervention du pouvoir législatif serait nécessaire, mais suffisante.

Dans une dernière opinion depuis longtemps consacrée par le Conseil d'État, on n'exige qu'un simple décret. Nous croyons que c'est la plus conforme aux principes de la législation des cultes. En effet, en prescrivant la restitution des églises non aliénées, les lois concordataires ont prévu que cette restitution et l'affectation qui en serait la conséquence résulteraient d'actes du gouvernement auxquels aucune loi n'a jamais imposé un caractère de perpétuité. Un nouveau décret peut donc intervenir et leur apporter telles ou telles modifications.

Quant aux édifices consacrés au service du culte en dehors des prescriptions et des prévisions du Concordat, il y a exacte concordance entre l'affectation et la désaffectation ; les mêmes autorités administratives ont le droit de prononcer l'une et l'autre, cela résulte clairement de l'art. 167 de la loi du 5 avril 1884 qui contient une application particulière de cette idée.

Dans les limites et avec les restrictions que nous venons d'indiquer, toutes les églises, toutes les chapelles

(1) V° Besson, *Revue des institutions et du droit*, 1885.

appartenant à l'État ou aux communes doivent donc être classées au nombre des dépendances du domaine public, puisqu'elles satisfont aux art. 538 et 540 du Code civil. Il n'y a point, il ne peut y avoir parmi elles d'autres distinctions à faire ; c'est que ainsi la domanialité est indépendante du caractère plus ou moins simple, plus ou moins monumental de l'édifice. La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en ce sens et c'est, d'ailleurs, la seule solution conforme aux principes (1).

L'église tout entière dans son ensemble et dans chacune de ses parties principales ou accessoires doit être rattachée au domaine public. Les piliers, les contreforts extérieurs, les escaliers, les chapelles latérales, les immeubles par destination ou par incorporation dont les principaux ont été énumérés dans la première section de ce chapitre, participent à ce classement au même titre que la nef et que les voûtes. Il faut cependant se garder de toute exagération et ne pas oublier que la domanialité étant une situation exceptionnelle ne saurait recevoir une interprétation trop extensive. Par conséquent, tout ce qui ne fait pas partie intégrante de l'édifice, tout ce qui n'est pas une dépendance nécessaire de l'église, indispensable à sa destination, tout cela doit être considéré comme une propriété privée. Les chemins de ronde ou tours d'échelle, l'espace compris entre les piliers extérieurs, les bâtiments même attenants qui servent de sacristie se trouvent dans ce cas (2).

(1) En ce sens arrêt de la cour d'Agen du 23 janvier 1860. (S., 60. 2. 317). *Contrà* Troplong; *Prescription*, t. I, n° 173.

(2) En ce sens Cass., Ch. civ., 7 novembre 1860 et avis du Cons. d'Etat, 42 décembre 1835 (*Rev. com.* du 15 juillet 1895); *contrà*,

Dépendances du domaine public, les églises partagent le sort des divers édifices dont nous avons déjà fait connaître la condition juridique. Hors du commerce, inaliénables, pleinement indisponibles elles ne sauraient être l'objet non seulement de propriété individuelle, mais aussi d'aucun droit réel dérivé de la propriété ; elles échappent à toute acquisition, à toute constitution d'hypothèque ou de servitude, *oneris ferendi* ou autre ; leurs murs ne peuvent donner lieu à une cession de mitoyenneté. Elles sont imprescriptibles et insusceptibles de possession de la part des tiers. Ce dernier principe est fécond en conséquences pratiques. Il en résulte notamment que, pendant toute la durée de l'affectation au culte, un tiers n'est point autorisé à se prévaloir d'une possession de fait, annule de l'église entière ou de l'une de ses parties pour exercer une action comme la complainte dont la recevabilité suppose une possession de droit. Le possesseur d'un banc fixe ou d'une chapelle, troublé dans cette jouissance, ne serait donc pas fondé à agir lui-même en complainte (1). Mais, à l'inverse, rien ne s'oppose à ce que les communes ou les fabriques intentent cette action contre les particuliers.

Nous sommes ainsi amenés à dire quelques mots des concessions auxquelles peuvent donner lieu les bancs d'églises ou les chapelles et à analyser le droit qui appartient au bénéficiaire.

cour d'Agen, arrêt précité et un autre arrêt du 2 juillet 1862. (S. 62. 2. 540).

(1) Ces solutions ont toutes été admises par la jurisprudence dans de nombreux arrêts. V^o notamment Cass., ch. req., 15 avril 1825. (D. 25. 1. 275), Cass. ch. civ., 15 novembre 1853. (S. 54. 1. 111.) Pour plus de détails Ducrocq, *Eglises*, § 4, p. 39 et suiv.

Par le décret du 13 avril 1791, la Révolution a supprimé les droits à un banc ou à une chapelle entachés de féodalité, mais le décret du 30 décembre 1809 décide dans son art. 72 « que celui qui aura entièrement bâti une église pourra retenir la propriété d'un banc ou d'une chapelle, pour lui et sa famille », c'est-à-dire ses descendants. Le simple donateur ou bienfaiteur peut obtenir les mêmes avantages sur l'avis conforme du conseil de fabrique approuvé par l'évêque et par le ministre des Cultes, mais, à la différence du constructeur, il n'y a point droit. De plus, pour leur permettre d'augmenter leurs ressources, les fabriques sont autorisées par ce même décret à concéder des bancs à des personnes appartenant à la religion catholique, moyennant la donation d'un capital ou d'un immeuble ou encore moyennant une redevance annuelle.

Il est incontestable que les bancs fixes participent comme les chapelles à la domanialité publique de l'église à laquelle ils sont si étroitement rattachés. L'octroi consenti à un particulier d'un banc ou d'une chapelle se présente donc avec tous les caractères d'une concession sur une dépendance du domaine public, incapable, par conséquent, de conférer aucun droit à la propriété du sol ou du banc. Le titulaire n'a qu'un simple droit d'usage limité à ses besoins personnels et à ceux de sa famille, si la concession va jusque-là ; il ne peut le céder ou le louer à des tiers, pas plus à titre gratuit qu'à titre onéreux ; à plus forte raison, est-il tenu de respecter la destination religieuse de la chose. Le concessionnaire ne peut même pas empêcher le curé ou la fabrique de faire du banc ou de la chapelle tel autre usage qu'ils jugent convenable, pourvu qu'il n'en résulte aucun empêchement, aucune atteinte à sa jouissance.

Une faible partie de la doctrine, sans doute sur la foi du mot « propriété » employé par les rédacteurs du décret de 1809, a cependant essayé de soutenir que ces sortes de concessions conféraient un droit réel et immobilier, susceptible de possession entre particuliers. C'était oublier que le sol de l'église est hors du commerce, qu'il ne saurait être l'objet d'une possession utile que de la part de l'État, de la commune ou de la fabrique. La Cour suprême ne s'y est point trompée (1).

On ne doit faire aucune différence entre les constructeurs et les autres concessionnaires ; les uns et les autres sont, croyons-nous, sur le même pied. Cela résulte de l'art. 72 dont la seconde partie, relative aux donateurs et bienfaiteurs, corrige ce qu'il y a de vicieux dans la première : « Tout donateur, y est-il dit, pourra obtenir la même concession. » — Ce rapprochement prouve, en outre, que le mot « propriété » n'a pas été pris par le législateur dans son acception normale, avec le sens qu'il revêt en droit civil, car, dans le second cas, il ne peut évidemment s'agir que d'un simple droit d'usage, d'une concession de jouissance.

Depuis de longues années, le Conseil d'État applique au sujet des églises une théorie qui se rapproche beaucoup de celle de la doctrine et de la jurisprudence civile (2), un

(1) Arrêt précipité de la chambre des requêtes.

(2) La jurisprudence civile a, de tout temps, admis la domanialité publique des églises. M. Dueroq cite dans son *Traité des Églises* de nombreux arrêts en ce sens ; parmi ceux qui sont postérieurs, nous mentionnerons Cass., rejet, 22 juillet 1874, S., 1874. 4. 431 ; Nancy, 7 mars 1868, S. 69, 2. 38 ; Pau, 26 nov. 1873, S. 74. 2. 83 ; Montpellier, 41 f. 1875.

peu différente toutefois, aussi ne pouvons-nous la passer sous silence. Il reconnaît que l'État et les communes propriétaires de ces édifices ne peuvent en disposer comme de leurs autres biens et n'ont la faculté de les retirer au culte catholique que par une désaffectation régulière en la forme, tout en se refusant à admettre leur domanialité publique. Bien qu'affectées par le Concordat à un service public, elles ne tombent pas sous l'application des art. 538 et 540 du Code civil; mais l'État s'est imposé à lui-même l'obligation de ne pas changer la destination religieuse de celles dont il conserve la propriété et il n'a donné ou plutôt confié les autres aux communes que sous condition, avec une affectation spéciale et formelle qu'elles sont tenues de respecter (1).

Au fond, tout l'intérêt de la discussion consiste à savoir si cette affectation est opposable aux tiers. Si l'affirmative doit être adoptée, il n'y a aucune différence pratique entre le système de la doctrine, tel que nous l'avons exposé, et celui de la jurisprudence administrative, on n'est en présence que d'une pure question de mots. Les églises n'en seront pas moins hors du commerce, également inaliénables et imprescriptibles dans les deux théories; le résultat sera toujours identique, l'affectation au culte produisant les mêmes conséquences que la domanialité. En fait, c'est bien là ce qui se produit; le Conseil d'État paraît favorable à la thèse de l'indisponibilité absolue (2).

(1) V^o avis du comité de l'int. relatif à la com. de Vancey, Vuillefroy rap., dans Vuillefroy, *op. cit.*, p. 305 et 306.

(2) Il semble même que certains arrêts du Conseil d'État admettent l'idée de domanialité.

Malgré cela, ce système doit être écarté, parce que la base du raisonnement sur lequel il repose est inexacte ; assurément les églises sont hors du commerce, mais en tant que choses publiques, nous croyons l'avoir démontré.

§ 2. — Églises appartenant aux fabriques.

La condition juridique de ces édifices ne peut évidemment donner lieu à une question distincte que pour ceux qui, comme nous, admettent que les principes ne s'opposent nullement à la domanialité des églises et chapelles publiques. Quant aux auteurs qui, à l'exemple de M. Babinet et Saleilles, les classent en bloc dans le domaine privé, parce qu'elles ne répondent pas suffisamment à leur critérium, il est bien évident qu'ils ne sauraient adopter une solution différente au sujet des églises appartenant aux fabriques ; forcément les mêmes causes doivent produire dans ce cas les mêmes effets.

Le problème que nous allons avoir à trancher est délicat, susceptible de revêtir une réelle complexité ; il ne s'agit pas seulement de déterminer si ces édifices revêtent ou non un caractère domanial, il faut rechercher, au cas où l'affirmative triompherait, dans quel domaine ils doivent être placés, car il est fort douteux, nous l'avons déjà dit dans un autre chapitre, qu'il puisse exister un domaine public fabricien. Les solutions les plus contradictoires ont été proposées.

M. Ducrocq est partisan de la domanialité de toutes les églises actuellement affectées au culte ; celles qui ont été acquises ou construites par les fabriques n'échappent pas à la règle générale, conclusion d'une rigoureuse logique

dans le système professé par le savant maître. Mais, comme il admet aussi que les choses publiques en France sont uniquement réparties entre les trois grandes unités administratives, État, départements, communes, ces églises dépendent, selon lui, du domaine public municipal (1).

MM. Borde et Bouniols croient, au contraire, que l'État, les départements et les communes ne sont pas seuls à détenir des choses publiques (2). Empruntant leurs arguments au *Répertoire* de Béquet, ils montrent que le Code civil ne spécifie nulle part cette condition de la domania-lité. Les art. 538 et 540, disent-ils, ne concèdent à aucun établissement public un privilège exclusif et vraiment on n'est point autorisé à en dénaturer le sens, sous pré-texte de les compléter. Rien ne s'oppose, par conséquent, d'après ces auteurs, à l'existence d'un domaine public fabricien dans lequel figurent en première ligne les églises dont nous nous occupons. Chargées par le législateur de la gestion d'un service d'intérêt général, le culte paroissial, les fabriques semblent absolument désignées pour posséder, à titre de dépendances du domaine public des choses consacrées à ce service. C'est aussi la thèse qu'admettait, comme toute naturelle, le promoteur d'un projet de loi déposé à la Chambre des députés le 27 mai 1878 et relatif à la conservation des monuments historiques et objets d'art. « Les objets d'art... n'appartenant pas à des particuliers, disait l'art. 5, font partie du domaine public de l'État, des départements, des communes, des fabriques et établissements publics » (3).

(1) Ducrocq, *Traité des Eglises catholiques*, § 3, p. 24 et suiv.

(2) Borde, *op. cit.*, p. 170 et suiv. ; Bouniols, *id.*, p. 79.

(3) *Journal Officiel*, 4 juillet 1878, p. 7528.

La jurisprudence civile paraît reconnaître la domanialité de toutes les églises et n'apporter aucun tempérament à cette solution, mais il est assez difficile de savoir exactement si elle adopte le premier système, celui développé dans le *Traité sur les églises*, ou le second, car elle évite de se prononcer. M. Ducrocq cite cependant un arrêt du Conseil d'État, en date du 7 mai 1863 (com. de Meudon), d'après lequel aucun droit de propriété n'est conféré à la fabrique sur les agrandissements qu'elle peut faire à une église (1).

Nous croyons, quant à nous, que les fabriques, malgré leur caractère de personnes morales publiques, malgré leur qualité d'organes de l'administration publique, ne peuvent compter dans leur patrimoine que des propriétés privées (2). Ce ne sont pas, en effet, des démembrements généraux de l'État ayant une mission générale d'administration, comme les départements ou les communes, mais de simples établissements publics chargés d'assurer le fonctionnement d'un service spécial et placés au point de vue de la domanialité dans la même situation que les particuliers. Il n'y a donc pas, il ne peut y avoir un domaine public fabricien, pas plus qu'il n'y a, par exemple, de domaine public hospitalier (3).

Nous ne pouvons cependant suivre jusqu'au bout de ses déductions la théorie de M. Ducrocq, car il existe une raison absolument capitale qui nous interdit de placer dans le domaine municipal des églises appartenant aux

(1) V^o cet arrêt à sa date dans Lebon, *Recueil des arrêts*.

(2) Se reporter pour plus de détails au chapitre II.

(3) En ce sens consulter Wodon, *Traité de la possession*, t. II, n^o 436 et 446; Ilauriou, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., p. 637.

fabriques. Nous avons, en effet, déjà admis et essayé de démontrer que l'État, les départements, les communes sont propriétaires de leur domaine public et que le droit de propriété doit nécessairement préexister à l'affectation, pour que celle-ci détermine la domanialité, le fait de l'affectation étant à lui seul incapable d'entraîner une expropriation au profit de la personne morale qui le prononce. Ce sont, sans doute, ces considérations qui ont décidé M. Bouniols dont les opinions sur ce point ne diffèrent pas des nôtres à se prononcer, comme il l'a fait.

M. Ducrocq, à l'inverse, n'a pas besoin de s'y arrêter ; les choses publiques sont pour lui des *res nullius* et l'idée de domanialité est incompatible, à ses yeux, avec l'idée de propriété. Par conséquent, puisque le savant auteur est d'avis que l'art. 12 du Concordat classe les édifices réellement affectés au culte parmi les choses publiques, il n'a point à rechercher qui en est propriétaire, mais seulement dans quel domaine public ils peuvent figurer. Cette double règle s'applique aux églises construites ou acquises par les fabriques de même qu'aux autres ; dès qu'il a été procédé à leur consécration régulière, elles tombent sous la sphère de l'art. 538 et ne sont plus soumises qu'à des droits de police et de surintendance. On ne saurait donc accuser le système de M. Ducrocq de manquer de logique, mais il n'en est pas moins inexact.

Ne croyant, quant à nous, ni à un domaine public fabricien, ni à la possibilité d'un titulaire différent pour la domanialité et pour la propriété, nous sommes contraints de ne voir dans toute cette catégorie d'églises, que de simples propriétés privées dont l'affectation au culte n'est pas opposable aux tiers. Nous ne nous dissimulons pas que

cette solution soulève de graves objections, qu'elle mérite le reproche de ne pas mettre sur un même pied des édifices consacrés cependant à une même destination et de jeter dans leur condition juridique, un réel disparate. Mais, comme elle est la conclusion nécessaire des principes que nous avons posés dans les premiers chapitres de notre travail, la seule logique, nous n'hésitons pas à l'adopter malgré les inconvénients qu'elle présente.

Il ne faudrait point, d'ailleurs, s'exagérer les conséquences possibles de notre système, le danger auquel certaines églises vont être exposées. Sans doute, il ne pourra être question de revendiquer pour ces dernières, les privilèges exorbitants qui découlent de la domanialité publique, mais nous devons rappeler que, même en l'absence de pareilles prérogatives, la conservation de ces bâtiments n'en sera pas moins assurée dans la plupart des cas (1).

Prescriptibles en théorie, les églises appartenant aux fabriques n'auront pas grand chose à redouter de ce côté. Il faut observer, d'une part, que les actes de possession continuels dont elles sont toutes l'objet, empêcheront infailliblement les particuliers d'en prescrire la propriété et que, d'autre part, l'acquisition d'une servitude pouvant compromettre la solidité des murs, telle qu'une servitude d'appui, sera rendue le plus souvent impossible par la présence de l'art. 237 du Code pénal qui prévoit expressément la dégradation et la mutilation des monuments « destinés à l'utilité ou à la décoration publique et élevés par l'autorité publique ou avec son agrément ».

En réalité, ces édifices ne sont pas moins insaisissables

(1) Voir les développements contenus dans le chapitre préliminaire.

dans le domaine privé des fabriques qu'ils le seraient en qualité de dépendances du domaine public. Nous savons déjà, en effet, que les biens des personnes administratives autres que l'État ne peuvent faire l'objet d'une saisie qu'avec l'autorisation expresse de ce dernier.

Avons-nous besoin de démontrer que, quoique l'affectation au service du culte ne soit pas opposable aux particuliers, on n'a à redouter ni une aliénation totale ou partielle de l'église, ni même une constitution de droit réel ? Les conseils de fabrique, avec leur composition actuelle, sont assurément trop soucieux de leur devoir, trop pénétrés de leur rôle pour se permettre des actes de disposition aussi graves, mais le voudraient-ils, ils ne le pourraient pas. Les fabriques sont tenues étroitement en tutelle par l'État et n'ont le droit d'aliéner les immeubles composant leur domaine privé qu'après avoir pris l'avis de la municipalité et obtenu une autorisation par décret rendu en Conseil d'État. C'est assez dire, par conséquent, que toute crainte, de ce côté, est purement chimérique.

Le seul inconvénient de notre système, au point de vue pratique, sera que les églises n'appartenant ni à l'État, ni à une commune, resteront soumises à la servitude légale de cession de mitoyenneté. Inconvénient très réel, nous le reconnaissons, véritable danger dans certains cas. Il faut observer cependant que beaucoup de ces édifices, ceux-là surtout qui ont des proportions monumentales, ne touchent à aucune propriété privée et échappent, par le fait même, à l'application de l'art. 661 (1) : L'administration n'aura

(1) Les chances d'isolement sont plus grandes en ce qui concerne les églises appartenant aux fabriques que pour les autres parce que ce sont toutes des constructions édifiées ou acquises en ce siècle.

donc à recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique que dans les hypothèses absolument exceptionnelles.

APPENDICE

Nous devons, avant de terminer ce chapitre, dire quelques mots de la condition juridique des édifices affectés à l'une des deux confessions protestantes reconnues en France ou au culte hébraïque.

A. — Église réformée ou calviniste. — Pendant un demi-siècle, le culte réformé est demeuré régi par la loi organique du 18 germinal an X. L'église consistoriale formait alors l'unité administrative. Mais la situation a été profondément modifiée par le décret du 26 mars 1852 qui a constitué légalement la paroisse et en a fait l'unité fondamentale, la base de toute l'organisation. Aux termes de l'art. 1^{er}, il y a une paroisse partout où l'État rétribue un ou plusieurs pasteurs. Au dessus, se trouve l'église consistoriale composée généralement de plusieurs paroisses, au chef-lieu desquelles le gouvernement établit un consistoire chargé du maintien de la discipline et du contrôle des conseils presbytéraux (1).

Les édifices affectés au culte réformé, soit dans les

(1) Nous n'avons à parler ici ni des synodes (formés de cinq églises consistoriales), ni du Conseil central organisé par le décret de 1852, ni du Synode général, institution traditionnelle. Les organes de centralisation sont, d'ailleurs, fort mal vus dans le culte réformé et n'y jouent qu'un rôle très effacé.

paroisses ordinaires, soit dans les chefs-lieux, portent le nom générique de temples. Nous allons examiner très brièvement les conditions d'ouverture, puis rechercher à quelles personnes morales ils appartiennent et quels sont ceux d'entre eux qu'il convient de rattacher au domaine public.

Selon l'art. 1^{er} du décret du 19 mars 1859, l'ouverture de nouveaux lieux de culte ne peut être autorisée que par décret rendu en conseil d'État sur le rapport du ministre compétent. Il y a lieu d'examiner, entre autres choses, si le conseil presbytéral aura des ressources lui permettant de subvenir aux frais du culte et si le temple est réclamé par un nombre suffisant d'adeptes de la religion réformée (1). Bien que le gouvernement ait les plus larges pouvoirs d'appréciation, il est indispensable cependant que l'édifice n'appartienne pas à un particulier (2). Le décret de 1859, au surplus, ne statue que pour l'avenir et laisse subsister les temples ou oratoires ouverts au public avant cette date sans opposition de la part de l'autorité.

Les questions de propriété en cette matière sont loin de soulever des difficultés aussi grosses que celles que nous avons eu à résoudre à propos des églises catholiques. Il est, en effet, un élément de discussion qui fait complètement défaut. Le culte réformé se trouve placé de tous points sous l'empire de la loi ; ici pas de Concordat, pas de biens ecclésiastiques confisqués pendant la Révolution puis rendus à leur destination primitive, ce culte n'étant pas autorisé avant 1789.

(1) V° en ce sens une note de la section de l'intérieur du Conseil d'État à la date du 14 mars 1883, *Notes de jurisprudence du Conseil d'Etat*, 1892, p. 46 et 47.

(2) Cf. *ibid*, une note de la même section du 28 oct., 1891.

De là résulte cependant une grande diversité dans la nature et la condition juridique des temples et des oratoires. A l'origine, dans la période antérieure à 1806, d'anciennes églises catholiques, devenues biens nationaux, ont été « mises à la disposition des protestants ». Ces édifices, malgré leur affectation, sont naturellement demeurés la propriété de l'État. Par la suite, le décret du 5 mai 1806 a mis à la charge des communes, en qualité de dépenses obligatoires, les frais de construction, de réparation et d'entretien des temples, mais, depuis la loi du 5 avril 1884, les grosses réparations et les reconstructions totales ou partielles conservent seules ce caractère. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une propriété communale et que l'insuffisance des revenus du conseil presbytéral ou du consistoire soit dûment justifiée (1).

En fait, il est assez rare que les communes aient pris à leur charge la construction des temples ou bien aient affecté à cette destination un de leurs immeubles. Dans la plupart des cas, ce sont les conseils presbytéraux et les consistoires qui ont dû acquérir un terrain et faire édifier, à l'aide de collectes, les locaux nécessaires au culte réformé. Parfois, faute de ressources, on s'est contenté de le célébrer dans les salles de mairie ou même en plein air (2). Dans certains départements de l'Est, tels que le Doubs, la Haute-Saône, on est allé jusqu'à user d'un expédient plus fâcheux encore. Malgré l'art. 46 de la loi du 18 germinal an X, aux termes duquel « le même temple ne pourra être consacré qu'au même culte », plusieurs communes n'avaient, jusqu'à ces dernières années, qu'un seul édifice

(1) Par application de l'art. 136, § 12.

(2) Hepp, *Les cultes non catholiques en France*, p. 20 et s.

affecté à la fois au culte catholique et au culte réformé (1).

Quoi qu'il en soit, les communes doivent être présumées propriétaires des temples protestants jusqu'à preuve contraire (2). Les conseils presbytériaux et les consistoires intéressés n'auront, le plus souvent, aucune peine à la fournir.

En vertu des principes généraux qui ont présidé, au cours du précédent chapitre, au classement domanial des églises catholiques, nous refusons de reconnaître le caractère de dépendances du domaine public aux temples et aux oratoires qui n'appartiennent ni à l'État ni à une ou plusieurs communes. Quant à ceux qui satisfont à cette première condition, s'ils sont en même temps l'objet d'une affectation actuelle et régulière au culte calviniste considéré en tant que service public, ils tombent incontestablement dans la sphère d'application des art. 538 et 540 du Code civil et, comme tels, sont appelés à bénéficier de la domanialité publique. Les développements déjà fournis sur ce sujet nous dispensent d'insister davantage.

B. — Église luthérienne ou de la confession d'Ausbourg. — Bien que l'organisation intérieure de l'Église luthérienne diffère par beaucoup de traits de celle de l'Église réformée, les règles que nous venons d'exposer sont communes aux deux confessions (3). Dans l'une et l'autre, en effet, on

(1) Cf. abbé Dieulin, *Sur les églises mixtes*, t. I, p. 224 et Gaudry, *Traité de la législ. des cultes*, t. I, p. 306 et la note.

(2) Voir sur ce point et en ce sens Lehr, *Dictionnaire d'administration ecclésiastique*, p. 419 et 420.

(3) L'Église luthérienne est plus centralisée que l'Église calviniste grâce à ses inspecteurs ecclésiastiques et à ses synodes; elle l'est moins cependant que l'Église catholique.

trouve à la base la paroisse et le consistoire, le traitement des pasteurs y est également à la charge de l'État.

Nous ferons cependant une observation, c'est que l'Église luthérienne, dont il ne subsiste en France, depuis la perte de l'Alsace, que quelques débris dans le département du Doubs et à Paris, a eu des destinées beaucoup moins agitées et, par conséquent, n'a jamais souffert de la même pénurie d'édifices du culte. Les traités de Munster et de Ryswick garantissaient aux protestants d'Alsace, avant la Révolution, le libre exercice de leur culte dans cette province. Respectueux de cet état de choses, les décrets de l'Assemblée nationale des 24 août, 18 septembre, 10 et 29 décembre 1790 ont excepté de la vente des biens nationaux, les biens des Églises protestantes d'Alsace et de Franche-Comté et consacré à nouveau les droits résultant des anciens traités (1). Aussi, lors de la réorganisation du culte en 1802, l'Église luthérienne de l'Est se trouvait-elle en possession d'un important patrimoine et d'une organisation solide, éprouvée, qui ne ressemblait en rien à l'état précaire et morcelé de l'Église calviniste.

De tout ceci, il résulte que les temples luthériens appartenant aux communes ou à l'État sont une infime exception.

C. — Culte israélite. — L'ordonnance royale du 25 mai 1844 complétée ou modifiée par les décrets du 15 juin 1850, du 9 juillet 1853, du 29 août 1862, du 5 février 1867 et du 12 septembre 1872, est le texte fondamental en cette matière.

Sans parler du consistoire central qui a son siège à Paris, tout département comptant 2.000 âmes de population

(1) V° Hepp, *op. cit.*, p. 25 et 30.

israélite forme un consistoire départemental. Les autres sont rattachés dans ce but à un ou à plusieurs départements voisins (1). — Il y a, en outre, selon les besoins des populations, des synagogues communales, établies par décret en conseil d'État sur l'avis conforme du consistoire central, du consistoire départemental et du préfet du département.

Les édifices affectés au culte israélite portent le nom générique de synagogues. Tous ou à peu près ont été construits aux frais des consistoires ou des communautés. C'est dire que nous leur déjions la qualité de dépendances du domaine public, par application de notre théorie (2). Il peut y en avoir cependant qui appartiennent aux communes ; dans ce cas, la domanialité publique de la synagogue ne fait pour nous aucun doute.

(1) Il y a en France neuf consistoires départementaux et trois en Algérie.

(2) *Contrà*, G. Bougey, *thèse*, p. 235 et 236.

CHAPITRE VI

DES CIMETIÈRES

Aux termes de l'art. 2 du décret du 23 prairial an XII, désormais « il y aura hors des villes et des bourgs, à la distance de 35 à 40 mètres au moins de leur enceinte, des terrains spécialement consacrés à l'inhumation des morts ». L'ordonnance royale du 6 décembre 1843, complétée par une circulaire ministérielle du 30 décembre suivant, permet aux préfets d'étendre cette obligation aux simples communes rurales.

Il serait, sans doute, fort à désirer que celles-ci possédassent chacune un cimetière répondant aux exigences du décret de prairial ; le bon ordre administratif et la salubrité publique ne pourraient qu'y gagner. Mais imposer à d'humbles villages, hors le cas de nécessité absolue, les frais d'acquisition, d'installation d'un terrain, dans les conditions prévues par le célèbre décret, eût été grever le maigre budget et les faibles ressources de ces minuscules communes d'une charge dont elles se seraient difficilement relevées. L'administration l'a compris, aussi, loin d'ordonner la translation de tous les lieux de sépulture qui ne se trouvent pas à la distance réglementaire, elle n'exige même pas que chaque commune rurale ait pour ensevelir ses morts un lieu de sépulture spécial. Il est

possible que deux ou plusieurs d'entre elles possèdent par indivis un seul cimetière ; celles qui sont trop pauvres ou trop mal situées ont encore la ressource de payer à d'autres plus favorisées une redevance annuelle, pour acquérir le droit d'user de leur cimetière, ou même de se faire autoriser, à titre exceptionnel, à en établir un sur le territoire de celles-ci. Ces façons de procéder sont pleinement licites et toutes sont pratiquées ; il faut reconnaître cependant qu'il n'en est pas ainsi dans la très grande majorité des cas.

Les cimetières publics se divisent, par conséquent, en deux classes : les uns antérieurs, les autres postérieurs au décret du 23 prairial an XII. Ceux de la seconde catégorie doivent remplir certaines conditions, leur établissement est soumis à certaines formalités et entraîne pour les héritages voisins des servitudes dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer, mais qui toutes sont inspirées par le désir du législateur de mieux assurer la salubrité et la décence publiques. A part ces légères différences, les mêmes questions se posent en termes analogues à l'égard des uns et des autres.

Nous allons laisser systématiquement de côté dans cette étude tout ce qui est relatif aux inhumations, à l'installation, à l'agrandissement, à la suppression, à la translation et à l'entretien des cimetières pour ne nous occuper que de leur condition juridique (1).

Ce chapitre sera divisé en trois sections : la première

(1) Nous n'avons à nous occuper ici ni du droit, que l'art. 14 du décret de prairial accorde à toute personne, de se faire enterrer sur sa propriété, sous certaines conditions, ni des cimetières privés des congrégations religieuses, issus de ce droit.

consacrée à la question de propriété, la seconde à la question de domanialité proprement dite, la dernière aux concessions privilégiées.

SECTION I

PROPRIÉTÉ DES CIMETIÈRES

Le problème que nous allons avoir à résoudre présente une étroite analogie avec celui que nous venons de trancher à propos des églises dans le chapitre précédent, mais il est beaucoup moins complexe. Seules, en effet, les fabriques et les communes peuvent élever une prétention à cette propriété.

a) Cimetières établis avant 1789. — Ainsi que nous l'avons montré dans notre historique, les cimetières appartenaient généralement sous l'ancien régime, non aux communautés d'habitants, mais aux paroisses. Englobés comme tels dans la confiscation des biens ecclésiastiques, ils devinrent des propriétés nationales pendant la Révolution. Cela résulte, à n'en pas douter, du décret du 13 brumaire an II, dont l'art. 1^{er} porte que « tout l'actif affecté à quelque titre que ce soit, aux fabriques des églises cathédrales, particulières et succursales, ainsi qu'à l'acquit des fondations, fait partie des propriétés nationales. »

Il est certain qu'ils ne le sont pas demeurés longtemps et qu'à l'heure actuelle l'État ne saurait élever aucune prétention sur eux. Que sont-ils donc devenus ?

Dans un premier système, on s'empare de ce fait incontestable que, antérieurement au décret du 7 thermidor

an XI, l'État n'a jamais transféré aux communes la propriété des cimetières et l'on s'efforce de démontrer que, par suite, ils se sont trouvés compris dans la restitution opérée par ce texte au profit des fabriques « de leurs anciens biens non aliénés » (1). On faisait observer, en outre, sous l'empire du décret du 30 décembre 1809, que ces dernières recueillaient les produits spontanés (art. 36, § 4), tels que herbes, fruits, émondage des arbres, et étaient chargées de l'entretien des cimetières (art. 37, § 4) ; mais l'argument a perdu toute valeur, depuis que la loi du 5 avril 1884 a adopté sur ces deux points des solutions diamétralement inverses. Désormais, en effet, les communes perçoivent tous les produits des cimetières (art. 133) et sont tenues de pourvoir à leur entretien (art. 136, § 13). Cette obligation, jadis subsidiaire, est devenue exclusive, bien que l'art. 37, § 4, du décret de 1809 ne soit pas expressément abrogé par la loi municipale, à la différence de l'art. 36, § 4 (2).

M^{re} Affre, l'un des principaux partisans de la théorie que nous exposons en ce moment, désireux de la mieux étayer, invoque à l'appui de ses conclusions un raisonnement et une considération peu juridiques, en grande partie

(1) En ce sens Charayre, *thèse*, p. 199 et suiv. ; Lacombe, *id.*, p. 333 et s.

(2) La jurisprudence, s'appuyant sur la non abrogation de l'art. 37, § 4 et sur cette idée que la véritable contre-partie de l'obligation des fabriques consiste dans le bénéfice qu'elles tirent du monopole des inhumations, est d'avis que cette obligation subsiste encore. V^o Amiens, 29 avril 1885, D., 86. 2. 212 ; Cass., 30 mai 1888, D., 88. 1. 257. Nous ne partageons pas ce sentiment. Cf. Bouniols, *op. cit.*, p. 179 ; Hauriou, *id.*, p. 403 et note.

inexacts (1). Cet éminent prélat ne croit pas que les cimetières aient été l'objet d'une véritable confiscation ; il prétend que les fabriques n'ont point cessé d'en être propriétaires, même dans la période comprise entre la loi du 13 brumaire an II et le décret du 7 thermidor. L'État ou les communes n'auraient eu, pendant ce laps de temps, qu'une détention de fait, sans posséder pour leur propre compte. Or, cela est doublement inacceptable : la confiscation résulte, à n'en pas douter, des termes si formels, si précis, employés par le législateur révolutionnaire, mais, n'aurait-elle pas eu lieu, n'aurait elle jamais été prononcée, on ne saurait admettre davantage que les fabriques aient conservé un droit de propriété, la qualité de propriétaire à une époque où, de l'avis de tous, elles étaient dépourvues de personnalité et d'existence légale.

M^{re} Affre, prévoyant une objection, fait intervenir dans le débat un autre argument purement négatif et déclare que la propriété des fabriques n'a rien d'incompatible avec le régime relatif aux cultes. Le décret du 23 prairial an XII ne décide-t-il pas, en effet, que, dans toute commune où se trouvent des adeptes de deux ou plusieurs religions, il doit y avoir un cimetière par culte représenté ou, du moins, une séparation absolue entre les parties consacrées à chaque culte, chacune d'elles ayant son entrée particulière ? — Exacte au moment où écrivait M^{re} Affre, cette observation ne l'est plus, depuis que les lois des 14-15 novembre 1881 et du 5 avril 1884 ont interdit aux maires d'établir dans les lieux de sépulture des divisions basées sur la religion du défunt.

(1) Affre, *Traité de la propriété ecclésiastique*, p. 209 et suiv. ; *Administration des paroisses*, p. 142 et s.

La jurisprudence ne s'est pas laissée convaincre par ces raisonnements et a constamment refusé de reconnaître le bien fondé des prétentions des fabriques (1). Avec l'immense majorité des auteurs, avec la pratique administrative, elle se prononce en faveur des communes et nous ne pouvons, quant à nous, qu'approuver et que partager cette manière de voir (2). — Il semble même que la jurisprudence belge qui, jusque dans ces dernières années, admettait le droit de propriété des fabriques, abandonne cette solution pour statuer dans le même sens que la jurisprudence française (3).

Les communes invoquent, en effet, un texte absolument catégorique, l'art. 9 du décret de prairial, qui s'exprime ainsi : « A partir de cette époque (après cinq ans), les terrains servant maintenant de cimetières pourront être affermés par les communes auxquelles ils appartiennent. » C'est en vain que dans l'opinion adverse on s'est efforcé d'affaiblir la valeur et la portée de cette affirmation en disant que l'art. 9 suppose mais ne dispose pas et qu'il suppose une chose inexacte, puisque, avant lui, le décret du 7 thermidor an XI a déjà rendu aux fabriques la propriété des cimetières. Comment s'arrêter à une pareille objection ? Affectés au service des inhumations, les lieux de sépulture se trouvaient comme tels, en l'an XI, dans un état d'indisponibilité équivalant à une aliénation et, par

(1) V^o par exemple Cass., 31 mai 1886.

(2) En ce sens Bathié, *op. cit.*, t. V, n^o 314; Ducrocq, *op. cit.*, t. II, n^o 1418; Hauriou, *op. cit.*, p. 647; Gaudry, *Législ. des cultes*, t. II, n^o 744; Wodon, *op. cit.*, t. II, p. 180 à 192; *École des com.* 1860, p. 210; 1878, p. 16; avis du Conseil d'État du 24 décembre 1896 et circulaire ministérielle du 27 janv. 1897.

(3) V^o Cour de cassation belge, 3 mai 1879.

conséquent, ils ne rentraient point dans la catégorie de biens prévue par l'arrêté consulaire. Il faut, d'ailleurs, observer que le but poursuivi par le gouvernement, en restituant aux fabriques leurs biens non aliénés, était de leur assurer des ressources et des revenus suffisants, pour qu'il leur fût possible de subvenir désormais aux frais du culte; or, les cimetières ne sont guère productifs et constituent plutôt une charge qu'une source de profits.

b) Cimetières postérieurs à 1789. — Tout le monde s'accorde à reconnaître qu'ils appartiennent en règle générale aux communes. Le plus souvent, il sera facile à ces personnes morales d'établir leur droit directement en démontrant qu'elles ont transformé en lieu de sépulture un terrain communal, mais c'est aussi la solution qui doit être présumée exacte, lorsque, la commune n'étant pas en mesure de fournir cette preuve, la preuve contraire n'est point apportée.

Il n'est pas impossible cependant que quelques-uns de ces cimetières soient la propriété des fabriques. Le Conseil d'État, dans certaines hypothèses particulières où les communes, avec de très modiques ressources, avaient un besoin pressant de posséder un lieu de sépulture, a, en effet, autorisé des fabriques à accepter des dons ou des legs de terrains destinés à recevoir cette affectation (1). Il est incontestable que, toutes les fois qu'une fabrique pourra justifier d'une autorisation de ce genre, elle sera propriétaire du nouveau cimetière. Mais la commune n'en demeure pas moins libre, dès qu'elle le juge convenable, de rembourser à l'établissement religieux la valeur de

(1) En ce sens, avis du comité de l'intérieur du 4 juillet 1832 et avis du 15 décembre 1837,

l'immeuble et d'exercer ainsi à son profit le droit d'expropriation.

Ces cas, d'ailleurs, ne peuvent être que fort rares, car le Conseil d'État, dans de nombreuses décisions fortement motivées, a déclaré que l'administration ne devait pas permettre l'installation de cimetières appartenant à un simple établissement public (1) : « Attendu, dit-il, que l'autorisation qui serait accordée à cet égard, même exceptionnellement, pourrait donner lieu à des difficultés qu'il est du devoir de l'autorité de prévenir ». Une circulaire ministérielle en date du 10 avril 1862 adopte la même solution et montre combien la pratique antérieure était en contradiction avec le principe de jour en jour mieux connu et mieux respecté de la spécialité des fabriques.

Les contestations de toute sorte qui peuvent s'élever au sujet de ce droit de propriété sont de la compétence des tribunaux civils, lorsque les parties n'invoquent que des titres privés, tels qu'une vente, une donation, un testament, par exemple. Mais, dès qu'il devient nécessaire d'interpréter un acte administratif, conformément au droit commun, les juges administratifs seuls doivent en connaître (2).

Au demeurant, en ce qui concerne les cimetières publics, la question de propriété n'a jamais soulevé de discussions bien vives; elle semble même n'avoir que fort peu sollicité l'attention des jurisconsultes. Il ne faut pas s'en étonner, l'intérêt pratique qu'il peut y avoir à prendre parti

(1) Voir la plupart de ces arrêts cités dans le *Journal du Palais, Répertoire, Cimetière*.

(2) Ces solutions sont adoptées par tous les auteurs qui ont écrit sur la question. Cf. Dalloz, *Répertoire, Supplém., Culte*.

pour les communes ou pour les fabriques n'apparaissant pas au premier abord. En effet, si le droit de propriété confère, d'ordinaire, à celui qui en est investi des avantages très étendus, des facultés précieuses, cela se passe tout autrement en notre matière. Comme pour les églises, le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi* n'existent pour ainsi dire pas ou sont indépendants du *dominium* : le premier de ces droits est limité par la nature de l'affectation ; le second se trouve réglementé par des textes qui statuent de façon très générale et ne se préoccupent en aucune manière du propriétaire (1) ; enfin il n'y a aucune trace du *jus abutendi*, les cimetières étant soustraits au commerce par les art. 8 et 9 du décret de prairial et aussi, nous allons le voir bientôt, par leur destination.

Nous espérons cependant démontrer que la controverse n'est pas aussi théorique qu'elle a pu le paraître jusqu'ici. Le droit de propriété si restreint, si profondément altéré pendant la durée de l'affectation reprend, en effet, toute son énergie dès que la désaffectation est prononcée. Le propriétaire recouvre aussitôt la plénitude du *dominium* ; il est autorisé à vendre, à affermer le terrain, à en disposer à son gré et à en jouir, comme il lui plaît, sauf l'obligation de respecter les délais imposés par le législateur de prairial, dans un but d'hygiène. En prévision de ce moment, il y a donc un intérêt de tout premier ordre, à rechercher dans quel patrimoine figurent les lieux de sépulture.

(1) Telle est l'opinion commune ; on pourrait cependant argumenter en sens contraire de l'art. 133, § 9 de la loi du 5 avril 1884 : « le produit des terrains communaux affectés aux inhumations », etc.

On a prétendu, il est vrai, que les anciens cimetières, les cimetières déclassés, ne peuvent appartenir qu'aux communes, qu'il doit en être ainsi même dans le cas où, avant la désaffectation, le cimetière aurait dépendu du domaine fabricien. Il faut reconnaître, en effet, que le décret de prairial et l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 1806, avis approuvé par l'Empereur, le 25 janvier suivant, semblent favorables à cette manière de voir, puisqu'ils ne parlent que des communes. Nous croyons cependant que l'on doit rejeter une opinion aussi contraire aux principes généraux du droit, car le législateur n'a certainement eu en vue que l'hypothèse normale, celle où le lieu de sépulture est un bien communal, et il n'a statué que pour ce cas là. Cette solution résulte des termes employés par lui dans les deux textes ci-dessus mentionnés, et surtout d'une formule qui montre, à n'en pas douter, que dans la pensée du législateur, les droits exercés par la commune sont la conséquence d'une propriété antérieure : « Les communes auxquelles ils appartiennent ».

Ce n'est pas seulement pour l'époque où les cimetières auront perdu cette qualité qu'il importe de donner une solution juridique et raisonnée au grave problème sur lequel nous venons de prendre parti. On l'a trop souvent oublié ou méconnu, la question est susceptible de présenter à d'autres points de vue un intérêt moins apparent, peut-être, mais plus immédiat et tout aussi grand. Sans parler de l'hypothèse quelque peu chimérique où l'inventeur d'un trésor trouvé dans cette enceinte aurait à se demander avec qui il doit partager le bénéfice de sa découverte, qu'il nous suffise pour le moment d'affirmer (nous le démontrerons dans la section suivante) que la domanialité pu-

blique des cimetières, comme celle des églises, dépend, dans une large mesure, du titulaire de la propriété.

SECTION II

DOMANIALITÉ DES CIMETIÈRES

Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de faire remarquer que la controverse relative à la domanialité des édifices publics est loin d'avoir, en fait, sur la véritable condition de ces derniers, le retentissement que l'on serait tenté de lui prêter, au premier examen (1). A la suite de certaines circonstances particulières, elle en a moins encore que de coutume en ce qui concerne les cimetières publics ou tout au moins la plupart d'entre eux, et cela explique comment les auteurs qui se sont proposés d'écrire des ouvrages pratiques plutôt que des traités d'ordre spéculatif sont muets ou peu explicites. La jurisprudence civile et la jurisprudence administrative, à plus forte raison, n'ont pas eu fréquemment à se prononcer sur cette question de principe et il ne nous sera possible de mentionner qu'un très petit nombre de décisions offrant quelque intérêt. La plupart des arrêts, en effet, peuvent s'expliquer, quelle que soit la position prise sur la question de domanialité ou ne tranchent celle-ci qu'accidentellement dans leurs considérants. Encore ces derniers n'ont-ils pas toute la netteté désirable (2).

(1) V° notamment le chapitre préliminaire.

(2) La plupart des arrêts qui paraissent adopter la domanialité publique se contentent de dire : « attendu que les cimetières sont propriété publique. »

Il est à peine besoin de faire observer que ce qui a été dit dans le chapitre précédent au sujet des églises trouve à nouveau son application en cette matière. Même en classant les lieux de sépulture parmi les propriétés privées des communes ou des fabriques, il n'y a donc aucun danger sérieux d'aliénation totale ou partielle, de prescription ou de saisie à redouter pour eux.

Il semble cependant que, si les cimetières dépendent du domaine public, leur conservation sera mieux assurée par ce fait que la délimitation, la fixation de leurs limites pourront être opérées par des moyens de police, par un acte de puissance publique analogue aux arrêtés ordinaires de délimitation, au lieu de recourir au bornage du droit commun avec action en justice. Ce serait un précieux avantage, nous n'avons garde d'en disconvenir, si la présence des murs de clôture requis par l'art. 3 du décret de prairial ou du moins de haies vives, servant de séparation avec les héritages voisins, ne rendait bien difficiles et presque impossibles les contestations relatives à l'étendue de la plupart des cimetières, de tous ceux qui sont d'une date postérieure au décret. En l'état actuel des choses, il est donc beaucoup plus apparent que réel; cela devient manifeste, lorsque l'on songe que les titres d'acquisition du terrain pourront, en général, être représentés par la commune ou par la fabrique.

L'impossibilité pour les possesseurs des fonds limitrophes d'obtenir, conformément à l'art. 661 du Code civil, ou d'usucaper la mitoyenneté de l'enceinte constituée, à notre avis, le plus sérieux profit que les cimetières soient appelés à retirer d'un classement dans le domaine public. Il convient cependant de ne pas en exagérer outre mesure la portée et de remarquer que, même avec le système

contraire (celui de la domanialité privée), les lieux de sépulture ne seront guère menacés de ce chef. L'acquisition de la mitoyenneté d'un mur ne présente quelque utilité et ne se produit en pratique que si l'on a la faculté de s'en prévaloir pour appuyer des constructions contre le mur commun ; dans ce cas là seulement, elle est avantageuse et nous paraît susceptible de compromettre la solidité de ce dernier. Or, une pareille hypothèse ne peut se présenter que pour un chiffre relativement restreint de cimetières. Tous ceux qui ont été établis d'après les prescriptions du décret de prairial entraînent, en effet, pour les propriétaires voisins l'obligation de ne pas édifier d'habitations dans un rayon de cent mètres autour de leur enceinte et sont par cela seul soustraits aux inconvénients de la mitoyenneté (décret du 7 mars 1808, art. 1^{er}). A cause, sans doute, de l'identité de motifs, une partie de la doctrine et plusieurs décisions de jurisprudence font produire cette servitude par ceux-là aussi qui n'ont pas été transférés depuis l'an XII, comme se trouvant déjà à la distance réglementaire des villes ou bourgs (1). Nous repoussons, quant à nous, une interprétation aussi extensive d'un texte de loi qui est certainement de droit étroit, puisqu'il apporte une grave dérogation aux principes généraux. Mais, malgré cette restriction, les cimetières favorisés au point de vue qui nous occupe restent, quand même et de beaucoup, les plus nombreux, les plus importants.

Tout au moins, si les lieux de sépulture ne sont pas protégés par une indisponibilité, complète, absolue, telle

(1) V^o en ce sens Chareyre, *op. cit.*, p. 459; Hauriou, *id.*, p. 664 Cassation, 27 avril 1861 ; *contra* Lacombe, *op. cit.*, p. 385.

que celle résultant de l'art. 528, ne deviendra-t-il pas trop facile d'acquérir sur eux des servitudes, une servitude de vue ou de passage par exemple, dont il est à peu près impossible de concilier l'exercice avec le caractère de décence et de profond recueillement que ne devrait cesser de présenter le champ du repos ? L'affirmative nous paraît incontestable. La tranquillité des cimetières aura donc à subir quelques atteintes, mais ici encore il existe un palliatif puissant qui fera disparaître en partie les inconvénients de cette situation. Il ne faut pas oublier, en effet, que, conformément au droit commun, les maires sont autorisés à intervenir pour réglementer ces servitudes et à prendre en vertu de leurs pouvoirs de police des arrêtés prohibant l'usage de ces dernières, dès qu'elles compromettent l'ordre public (1).

Logiquement nous devrions rechercher, sans plus attendre, si la nature du droit que les particuliers possèdent sur leurs concessions ne dépend pas, en une certaine mesure, de la solution qui sera donnée à la question de domanialité et, dans le cas de l'affirmative, en quoi cette influence peut bien consister. Mais, afin d'éviter d'inutiles redites, nous réservons le développement de ce point pour plus tard, pour le moment où nous étudierons le droit du concessionnaire. En ayant ainsi terminé avec les préliminaires, nous allons entrer, dès maintenant, dans le vif de la controverse (2).

Le classement des cimetières parmi les dépendances du

(1) Il en sera, d'ailleurs, de même avec le système de la domanialité publique pour les servitudes qui auront été acquises avant que le cimetière ait reçu sa destination.

(2) V° sur tous ces points Chareyre, *op. cit.*, p. 184 à 191.

domaine public a longtemps été considéré comme une règle dont l'évidence s'affirme et n'a nul besoin d'être démontrée. Dufour, Proudhon et bien d'autres auteurs, avant l'apparition du *Traité des édifices publics* de M. Ducrocq, cèdent à ce sentiment sans paraître se douter qu'il puisse y avoir un second système et partant sans faire connaître aucun des motifs qui ont déterminé leur opinion (1).

Le Traité des édifices publics finit cependant par mettre les choses au point, en montrant que la question n'était pas aussi simple qu'on l'avait cru jusque-là. M. Ducrocq, y bat en brèche les conclusions de ses devanciers dans une dissertation spécieuse et se refuse, faute d'un texte spécial, à ranger les lieux de sépulture à côté des églises paroissiales dans le domaine public municipal (2). Le savant professeur s'attache, en effet, à établir que ce sont des terrains affectés non à un usage public, mais à un service administratif, des choses susceptibles d'appropriation privée et, par conséquent, en dehors des prévisions de l'art. 538. Les communes, dit-il, doivent être considérées comme propriétaires de leurs cimetières, parce qu'il n'y a dans la nature physique de ces derniers rien d'incompatible avec l'idée de propriété. Elles en perçoivent tous les produits, même spontanés, depuis la loi municipale de 1884, et ont reçu du législateur de prairial, lorsque l'étendue des lieux le permet, la faculté de consentir aux familles, moyennant

(1) Dufour, *Traité général de droit administr.*, 3^e édit., t. V, p. 286, note 1 sous le n^o 253; Proudhon, *Traité du domaine public*, t. I, p. 461.

(2) Ducrocq, *Traité des édifices publics*, p. 66-72, et *Cours de droit administratif*, t. II, n^o 1419.

finance, des concessions privilégiées. Or, tout cela s'allie fort mal avec la qualité de chose publique. Les fleuves, les routes, les rivages de la mer ne sont pas productifs de revenu et l'usage en est gratuit ; s'il en est autrement pour les cimetières, ce ne peut être que parce qu'ils sont dans une situation différente au point de vue domanial. Le contrat de concession s'analyse, d'ailleurs, en une véritable vente avec obligation de garantie ; il confère aux particuliers un droit de propriété perpétuel ou temporaire, *sui generis*, il est vrai, mais certainement suffisant pour constituer la négation péremptoire de la domanialité publique.

Le *Traité des édifices publics* a exercé en la matière une influence décisive, non qu'il ait rallié tous les suffrages à la théorie émise par son auteur, mais en ce sens qu'il a contraint les jurisconsultes modernes à prendre nettement parti dans la question de classement et à motiver leurs solutions. Deux systèmes aussi absolus l'un que l'autre et par cela même en opposition complète se sont, dès lors, trouvés en présence ; ils divisent encore à l'heure actuelle la doctrine administrative en deux camps sensiblement égaux. L'un, à l'instigation de M. Ducrocq, rattache les cimetières publics au domaine privé des communes ou des fabriques, selon les distinctions que nous avons posées dans une précédente section, tandis que l'autre, comme par le passé, appelle à la domanialité publique ces cimetières, sans en excepter aucun.

MM. Bathie (1) Chareyre et Lacombe, partisans con-

(1) Bathie, *Traité théorique et pratique de droit administr.*, t. V, p. 319, n° 343 ; Chareyre, *op. cit.*, p. 498 et 499 ; Lacombe, *id.* p. 330-333.

vaincus du premier système, aboutissent à la même conclusion que M. Ducrocq par un raisonnement à peu près analogue. Comme l'auteur du *Traité des édifices publics*, ils estiment, et cela n'est pas contestable, qu'aucun texte ne vient déroger au droit commun en faveur des cimetières et que seuls les principes généraux du Code civil peuvent être invoqués dans la discussion. Comme lui, tous trois se refusent à reconnaître la domanialité publique des lieux de sépulture, parce qu'une chose ne peut, à leur sens, faire partie du domaine public, dans le silence de la loi, qu'à la condition de ne pas être susceptible de propriété privée par sa nature physique. M. Bathie insiste, en outre, sur cette idée déjà émise dans le *Traité des édifices publics* que les cimetières sont productifs de revenu et M. Lacombe fait observer, de son côté, qu'à la différence des choses énumérées dans l'art. 538 ils ne servent point à l'usage direct, immédiat du public et ne sont affectés qu'à un service administratif.

La seconde solution est cependant, en dépit des critiques de M. Ducrocq, celle qui semble le plus en faveur dans ces dernières années. Elle a été admise tour à tour, en effet, par MM. André, Aubry et Rau (1), Bouniols, Cazalens, Gaudry, Gautier, Simonet et Weiss, en un mot par la majorité des auteurs qui ont eu à se prononcer dans la controverse. Les arguments invoqués en faveur

(1) Maurice André, *De la sépulture*, p. 306 et s. ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, § 469 ; Bouniols, *op. cit.*, p. 464 et suiv. ; Cazalens, *vo note* sous l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, du 4 février 1875, *D. P.*, 1877, 2. 464 et s. ; Gaudry, *Tr. du domaine*, t. III, p. 228 ; Gautier, *Précis des matières administr.*, t. I, p. 292 ; Simonet, *Tr. de dr. public et administr.*, n° 1046 ; Weis, *à son cours*.

de cette thèse peuvent se résumer d'un mot : c'est par application du tarif général adopté par eux en matière de domanialité que les jurisconsultes précités rattachent les cimetières au domaine public. C'est parce que ces derniers leur paraissent répondre à toutes les exigences du droit commun et parce qu'il n'y a dans le régime auquel ils sont assujettis, par le décret de prairial ou par les textes postérieurs, rien d'incompatible avec la domanialité publique. Ne voulant pas entrer plus avant dans les détails d'une théorie qui est en grande partie la nôtre, nous nous proposons seulement de signaler, à mesure que l'occasion s'en présentera, les divergences qui séparent le système que nous allons exposer de celui-là.

Nous croyons, quant à nous, que pour résoudre cette question de domanialité, il est indispensable de distinguer selon que les cimetières sont la propriété des communes ou des fabriques et d'étudier à part la condition juridique de chacun de ces groupes.

a) Cimetières appartenant aux communes. — Cette première catégorie est de beaucoup la plus nombreuse; elle comprend la presque totalité des lieux de sépulture existant en France à l'heure actuelle, puisqu'elle se compose de tous les cimetières antérieurs à la Révolution et de tous ceux qui, en ce siècle, ont été installés par les soins de l'administration sur un terrain communal.

Il ne semble pas, au premier abord, que leur classement dans le domaine public municipal puisse faire de doute un seul instant, étant donné le critérium auquel nous avons cru devoir nous rallier dans les précédents chapitres, si ce critérium est exact. Ces cimetières, en effet, est-il besoin de le démontrer, remplissent à souhait les trois conditions auxquelles le législateur de 1804, nous paraît

avoir subordonné la qualité de dépendance du domaine public.

Ils appartiennent par définition à une personne morale susceptible de posséder un domaine public, puisque nous ne nous occupons ici que de ceux appartenant aux communes. Ils sont affectés à un besoin d'intérêt général, au service des inhumations qui est évidemment un service public municipal. Enfin, ils satisfont à notre troisième condition comme aux deux autres, parce que nous n'entendons parler que des terrains servant actuellement de lieux de sépulture et que nous les supposons régulièrement établis par l'autorité compétente.

Disons tout de suite, pour n'avoir plus à revenir sur cette question de régularité, que, depuis l'ordonnance royale du 6 décembre 1843 (1), l'administration centrale représentée par le préfet a le droit d'ordonner la translation de tous les cimetières qui ne sont pas placés à la distance réglementaire des habitations, ou qui ne réunissent pas les conditions de salubrité, de position et d'étendue prescrites par le décret du 23 prairial. Elle ne le peut toutefois qu'après avoir consulté le conseil municipal de la commune intéressée. — L'emplacement est déterminé par un arrêté préfectoral après enquête *de commodo et incommodo* et avis du conseil municipal. Si le terrain désigné n'est pas déjà une propriété communale, il doit être acquis à l'amiable ou par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique selon le droit commun.

(1) Cf. pour l'étendue de l'innovation introduite par l'ordonnance du 6 déc. 1843, et pour tous les détails concernant l'établissement et l'installation des cimetières, *Pandectes françaises, Répertoire*, v^o *Cimetière*, chap. II.

Lorsque l'initiative de la translation vient du Conseil municipal, la décision prise par celui-ci est soumise à l'approbation préfectorale, conformément à l'art. 68 5° de la loi du 5 avril 1884.

De tout ceci, il résulte que les apparences sont en faveur de la domanialité publique des cimetières appartenant aux communes. Nous devons cependant, avant de rien affirmer, examiner brièvement si les objections que soulèvent M. Ducrocq et les autres partisans de la domanialité privée ne sont pas de nature soit à empêcher l'application de notre critérium dans cette hypothèse soit même à ruiner notre système tout entier.

Ces objections peuvent être rangées sous trois chefs différents. On a dit : 1° que les cimetières n'étaient pas affectés à l'usage public et qu'ils étaient susceptibles d'appropriation privée ; 2° que les communes en tiraient certains profits pécuniaires ; 3° que les concessions privilégiées, tout au moins les concessions perpétuelles, constituaient une véritable aliénation.

Nous n'avons pas à insister sur le premier point. Que nous importe, en effet, que les cimetières soient susceptibles de propriété privée par leur nature physique, qu'ils soient affectés à un service administratif ou à l'usage du public après les explications que nous avons déjà fournies au chapitre second. N'avons-nous pas démontré que, si l'on excepte les « *res omnium communes* », il n'est pas ici-bas une chose, même publique, même comprise dans l'énumération de l'art. 538 qui ne comporte certains actes d'appropriation privée et que le législateur de 1804 a complètement assimilé les deux sortes d'affectation au point de vue domanial ? Nous ferons cependant à cet égard une observation. C'est qu'en dépit des apparences

et des affirmations contraires les lieux de sépulture sont l'objet d'une jouissance immédiate de la part du public et se trouvent, par conséquent, livrés à un usage public, au sens restreint qu'une partie de la doctrine prête à cette expression. Comme l'a écrit M. Cazalens, « l'inhumation constitue l'usage le plus direct que l'homme puisse faire de la terre, la possession la plus énergique qui se puisse concevoir ». On objecterait vainement que l'homme, après sa mort, ne peut user de rien, ne rien posséder, car « le droit du mort est exercé par sa famille, qui le représente, et, en tout cas, par le maire de la commune et par le ministère public, chargés d'assurer, chacun en ce qui le concerne, à ceux qui ne sont plus la possession paisible de la terre où ils reposent » (1).

En fait, certains auteurs qui placent le critérium de la domanialité publique dans l'affectation effectivement réalisée à un usage public n'hésitent pas à ranger les cimetières dans le domaine public par application de leur critérium. Nous ne citerons parmi eux que M. Simonet (2).

Les autres arguments invoqués par le système de la domanialité privée doivent retenir plus longtemps notre attention, bien qu'à notre sens ils ne soient pas mieux fondés. Sans doute, il est exact que la plupart des dépendances du domaine public coûtent à la personne morale qui en a la propriété plus qu'elle ne lui rapportent, mais n'est-ce pas le cas pour les terrains consacrés au service des inhumations ? Est-il vraiment, en France, une commune qui retire de son cimetière un revenu appréciable ? Nous nous permettrons d'élever un doute à cet égard. Au sur-

(1) Cazalens, note précitée, *D. P.*, 1877, 164.

(2) Simonet, *op. cit.*, p. 391, n° 1016.

plus, la faculté qui appartient à l'État, aux départements et aux communes de retirer des choses publiques directement ou par voie de concession toute l'utilité dont elles sont susceptibles, pourvu qu'il ne soit porté de ce chef aucune atteinte à leur destination, est indiscutable. Des lois, lois de finance ou autres, l'ont trop souvent autorisée un trop grand nombre de décisions judiciaires l'ont reconnue, pour qu'il soit encore possible de la contester. Ce qui se passe, à ce point de vue, à l'égard des cimetières, au moins à l'égard de ceux qui sont la propriété des communes, ne présente donc rien d'anormal et apparaît simplement, à la réflexion, comme une conséquence logique des principes généraux (1).

Il ne faut pas, croyons-nous, se laisser arrêter d'avantage par l'objection que l'auteur du *Traité des édifices publics* tire de la nature des concessions. Même en admettant avec l'opinion dominante jusqu'à ces dernières années que le droit des concessionnaires s'analyse en un droit de propriété (ce qui est fort discutable), le cimetière ne serait pas nécessairement dans son ensemble une dépendance du domaine privé communal. Ce n'est pas, en effet, un objet indivisible et on peut très bien concevoir qu'il n'ait pas en toutes ses parties une condition juridique uniforme. Pourquoi la délibération du conseil municipal, par laquelle celui-ci autorise les concessions privilégiées, ne serait-elle pas considérée comme entraînant la désaffectation des quartiers qui leur sont le plus spécialement réservés? Avec ce système, le mur d'enceinte, les allées et les parties du cimetière destinées à

(1) Cf. pour plus de détails les développements que nous avons donnés à cette question au chapitre I, sect. II.

recevoir les inhumations ordinaires participeraient à la mise hors du commerce de l'art. 538, tandis que tout le reste devrait être rattaché au domaine privé et serait, par conséquent, aliénable aux termes du droit commun (1). Mais hâtons-nous de dire qu'on n'a nul besoin de recourir à cette hypothèse d'une désaffectation partielle : le bénéficiaire d'une concession même perpétuelle n'est pas un acquéreur selon le Code civil, il n'est point propriétaire de la place qui lui est dévolue, ainsi que nous allons le démontrer dans la section suivante.

Sommes-nous maintenant autorisés à conclure que les lieux de sépulture dont nous venons de nous occuper doivent être classés dans le domaine public municipal ? Nous le croyons fermement. Cette solution s'impose ; elle nous semble la seule logique, la seule conforme aux principes généraux. Au surplus, les textes législatifs où il est parlé des cimetières ne font que la confirmer.

C'est ainsi que le décret du 23 prairial an XII, porte dans son art. 16, que les cimetières « seront soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales » ou plus justement du maire, expressions qui cadrent fort mal avec l'idée de la domanialité privée et rappellent, de tous points, celles que le législateur révolutionnaire emploie en matière de voirie (2) De même, le décret du 7 mars 1808, dans son art. 1^{er} dont nous avons déjà reproduit la substance, attache au voisinage de certains cimetières, ceux qui ont été transférés pour satis-

(1) Cf. Bouniols, *op. cit.*, p. 163 ; Cazalens, *id.*, p. 163 et 166 ; Chareyre, *id.*, p. 190 et 191 ; Haurion, *id.*, 3^e éd., p. 679, *in fine*.

(2) L'art. 97, § 4 de la loi municipale du 5 avril 1884 est conçu en des termes à peu près analogues.

faire aux exigences du décret du 23 prairial an XII, des servitudes d'utilité publique qui, d'ordinaire, selon la remarque de M. Hauriou, ne sont attachées qu'à des dépendances du domaine public (1).

Nous avons déjà dit au début de cette section que la jurisprudence n'a pas pris parti dans la controverse aussi nettement qu'on pourrait le désirer et, en même temps, nous en avons fait connaître la raison. Malgré tout, dans l'état actuel des choses, elle penche de façon très manifeste du côté de la domanialité publique. Qu'on en juge plutôt (2).

Nos adversaires ne peuvent invoquer qu'une seule décision judiciaire dont les considérants soient favorables à leur thèse, un jugement du tribunal civil de Chaumont, en date du 8 décembre 1896, et il n'en est aucune, à notre connaissance, qui tranche la question de classement ou la suppose résolue dans le sens qu'ils indiquent. Nous n'ignorons pas cependant que certains d'entre eux s'emparent de tous les arrêts rendus par le Conseil d'État, le tribunal des conflits, les Cours d'appel et la Cour suprême, qui admettent la compétence judiciaire pour l'action en indemnité qu'intente contre la commune le bénéficiaire d'une concession privilégiée, à raison d'une atteinte portée à ses droits, et que ces auteurs prétendent en tirer un argument en faveur de la domanialité privée des lieux de sépulture; mais nous croyons que pour la solution de notre controverse, il ne faut tenir aucun compte des arrêts précités. La compétence des tribunaux civils s'impose, en

(1) V^o sa note sous l'arrêt du Conseil d'État du 10 janvier 1891, S., 92. 3. 41 et s.

(2) *Pand. fr.*, 1897, 2. 220.

effet, dans ce cas, quelle que soit la nature du droit des concessionnaires et quelque position que l'on prenne en matière de classement domanial (1).

Les décisions judiciaires favorables à notre système sont, au contraire, beaucoup trop nombreuses pour que nous puissions toutes les énumérer. Contentons-nous donc de faire connaître les principales. Il en est d'abord dont les considérants posent en thèse générale et comme un principe incontestable la domanialité publique des lieux de sépulture, par exemple l'arrêt de la cour de Toulouse du 23 février 1875, qui applique à l'un de ces derniers, l'appellation de « fonds du domaine public municipal » ou l'arrêt de la cour de Lyon du 7 juillet 1883, aux termes duquel « le cimetière d'une commune fait partie de son domaine public » (2). Tout aussi explicites que les précédents, deux autres arrêts de cette même Cour d'appel de Lyon, l'un du 4 février 1875, l'autre du 17 août 1880, voient dans les cimetières « une propriété publique communale exclusivement consacrée aux inhumations » (3). N'est-il pas évident, enfin, que, si la Cour de cassation a décidé, à la date du 10 janvier 1844, qu'un lieu de sépulture ne pouvait faire l'objet d'une action possessoire entre deux communes, c'est parce que, à son estime, il s'agissait ici d'une *res nullius* et, par conséquent, d'une dépendance du domaine public municipal? (4).

(1) Nous reviendrons sur ce point essentiel avec quelques détails dans la section suivante.

(2) Toulouse, 23 fév. 1875, *D. P.*, 1875, 1. 474, sous cassation, 26 avril 1875; Lyon, 7 juillet 1883, *D.*, 1885, 2. 34.

(3) Lyon, 4 fév., 1875, *S.*, 1877, 2. 35; 17 août 1880, *D.*, 81. 2. 16.

(4) Cass., 10 janv. 1844, *P.*, 1844, 1. 355, *S.*, 1844, 1. 120.

L'administration s'est constamment prononcée dans le même sens que la jurisprudence et que la majorité de la doctrine. Un avis du Conseil d'État du 24 décembre 1896 et une circulaire ministérielle du 27 janvier 1897 attestent qu'elle entend persévérer dans cette voie (1).

Une dernière question reste à résoudre. Nous disons et nous croyons avoir démontré que les terrains communaux qui servent actuellement de cimetières sont des dépendances du domaine public municipal. En est-il de même des murs de clôture et des monuments funéraires? Sur le premier point, aucune difficulté ne semble devoir s'élever; les murs qui entourent un lieu de sépulture participent certainement à la condition juridique de ce dernier. En ce qui concerne les monuments funéraires, il convient de distinguer, selon qu'ils ont été construits par les soins de l'autorité ou par les particuliers. Les premiers sont de véritables édifices publics, les autres, au contraire, ne nous paraissent pas appelés à bénéficier de la domanialité publique. Ils appartiennent aux familles qui les ont fait ériger et ces dernières peuvent librement les enlever ou les remplacer par d'autres, sous la surveillance de l'administration municipale.

b) Cimetières appartenant aux fabriques. — Nous savons déjà par les explications fournies dans la première section de ce chapitre, que les lieux de sépulture peuvent, à titre exceptionnel, être la propriété des fabriques. Cette seconde catégorie, naturellement très peu nombreuse, passe presque inaperçue; le législateur n'en parle jamais et les ouvrages de doctrine, à peine plus explicites, recon-

(1) V^o ces textes dans le *Journal Officiel* du 29 janvier et les *Pandectes franç. périod.*, 1897, 3. 68.

naissent qu'elle existe mais ne se préoccupent pas d'étudier, à part, la condition juridique des cimetières qui la composent. Lorsqu'ils cherchent à résoudre la question de domanialité, les auteurs envisagent les cimetières publics en général, sans distinguer entre ces derniers. Ils emploient, dans la discussion du problème, les formules les plus larges, les plus compréhensives et englobent ensuite tous les lieux de sépulture, quelle qu'en puisse être la personne morale propriétaire, dans une même solution, considérant, sans doute, que des choses affectées à une même destination ne sauraient revêtir une condition domaniale différente. Nous ne partageons pas ce sentiment.

Fidèles au critérium que nous avons adopté dans les premiers chapitres de notre travail, nous refusons aux cimetières qui sont la propriété d'un simple établissement public les privilèges attachés à la domanialité publique. Après les développements que nous avons déjà présentés dans une hypothèse analogue à l'occasion des églises, il nous suffira, pour avoir pleinement justifié cette manière de voir, de montrer que le législateur n'a introduit en notre matière aucune dérogation aux principes généraux. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, qu'un texte législatif eût résolu en termes non équivoques, la question de classement dans le sens de la domanialité publique. Or, ce texte n'existe pas.

Ce n'est évidemment ni l'art. 46 du décret de prairial, ni l'art. 1^{er} du décret du 7 mars 1808, bien que tous deux restent applicables à la catégorie de cimetières dont nous nous occupons en ce moment. Sans doute, les solutions contenues dans ces articles et surtout les termes employés par leurs rédacteurs, tendent à faire supposer qu'il s'agit de dépendances du domaine public, et l'on pourrait, à bon

droit, s'étonner sinon de ces solutions, du moins de ce langage, si aucun lieu de sépulture ne devait être rattaché à ce domaine. Mais, tel n'est pas, on le sait, le système que nous proposons, et, dès lors, tout s'explique. Le législateur a parlé le langage qui convenait à l'hypothèse ordinaire ; celle où les cimetières appartiennent aux communes ; peut-être même, ne se doutait-il pas alors qu'il pouvait y en avoir une autre.

A défaut de ce premier argument, la domanialité publique ne résulte-t-elle pas des art. 8 et 9 du décret de prairial combinés avec l'avis du Conseil d'État du 13 nivôse an XIII et la circulaire ministérielle du 4 pluviôse de la même année ? Ces textes, dont nous n'avons pas encore parlé jusqu'ici, portent, en effet, que les lieux de sépulture doivent demeurer cinq ans dans l'état où ils se trouvent au moment de leur fermeture et que, pendant ce temps, la commune propriétaire ne peut ni les affermer, ni les vendre, ni les échanger. . Quelques auteurs, parmi lesquels on compte M. Cazalens (1), estiment que, durant ces cinq années, les cimetières sont hors du commerce, qu'ils sont frappés d'une indisponibilité absolue et doivent être considérés comme de véritables dépendances du domaine public, bien qu'ils aient cessé d'être affectés au service des inhumations (2). Ce n'est pas notre sentiment et nous croyons, quant à nous, que les auteurs auxquels nous venons de faire allusion ont attribué à ces textes une portée qu'ils n'ont pas. Étrange domanialité publique, en effet,

(1) V^o note précitée, D., 1877, 2. 465.

(2) Si les cimetières désaffectés ont le caractère de dépendances du domaine public, *a fortiori* doivent-ils présenter le même caractère avant la désaffectation.

que celle qui survivrait à l'affectation de la chose à l'intérêt général. En réalité, le législateur a simplement interdit à la personne morale propriétaire du terrain, de l'aliéner, de l'affermier ou de le cultiver avant l'expiration d'un certain délai, et cette défense motivée par des raisons supérieures de décence et d'hygiène ne peut équivaloir à une mise hors du commerce et emporter la domanialité publique.

La jurisprudence n'a jamais été appelée à prendre parti dans la question de classement, en ce qui concerne ces cimetières. L'administration ne s'est pas prononcée d'avantage, car l'avis du Conseil d'État et la circulaire ministérielle précitées, sont manifestement étrangers à cette hypothèse.

SECTION III

DES CONCESSIONS PRIVILÉGIÉES

Les cimetières doivent être assez vastes pour que le cadavre de toute personne domiciliée dans la commune ou simplement décédée sur son territoire soit assuré d'y trouver une place gratuite, pendant un laps de temps qui ne pourra être inférieur à cinq ans. La concession gratuite de cinq ans se présente donc comme la règle, comme le droit commun. Mais, moyennant une redevance pécuniaire, les familles peuvent obtenir pour leurs membres, les particuliers peuvent s'assurer un repos de durée plus longue.

Le principe de ces concessions privilégiées se trouve

posé dans le décret du 23 prairial an XII, art. 40 : « Lorsque l'étendue des lieux consacrés aux inhumations le permettra, il pourra y être fait des concessions de terrain aux personnes qui désireront y posséder une place distincte et séparée pour y fonder leur sépulture et celle de leurs parents et y construire des caveaux, monuments ou tombeaux ».

Ce texte par trop laconique ayant donné lieu à des incertitudes et à des difficultés d'interprétation de toutes sortes, il a été complété par l'ordonnance royale du 6 décembre 1843 qui est encore aujourd'hui le siège de la matière (1). Cette ordonnance divise les concessions privilégiées en deux classes : perpétuelles et temporaires. Ces dernières elles-mêmes se subdivisent en concessions trentenaires, indéfiniment renouvelables à l'expiration, moyennant l'acquit d'une redevance qui ne pourra dans aucun cas dépasser le taux de la première, et concessions temporaires proprement dites. Faites pour quinze ans au plus celles-ci ne peuvent être renouvelées.

Bien que législateur n'ait prévu expressément qu'une seule hypothèse, celle où le cimetière appartient à la commune, la doctrine, la jurisprudence et l'administration reconnaissent que les textes relatifs aux concessions ont une portée générale et elles soumettent tous les lieux de sépulture à un régime uniforme. Nous allons le résumer en quelques lignes ayant hâte d'arriver à la seule question qui présente un intérêt au point de vue domanial, à la nature du droit du concessionnaire.

Le conseil municipal décide souverainement s'il y a

(1) On se demandait notamment, sous l'empire du décret de prairial, si l'administration ne devait pas refuser les concessions perpétuelles, à cause des inconvénients qu'elles présentent.

lieu de permettre les concessions privilégiées et dans quelle mesure, sauf à tenir compte de l'avis du Conseil d'État du 29 décembre 1833 qui, interprétant l'art. 10 du décret de prairial, exige que le cimetière soit cinq fois plus étendu qu'il n'est nécessaire pour y déposer les morts de la commune pendant un an (1). Le montant de la redevance est, lui aussi, déterminé par le conseil municipal, mais la décision prise par ce dernier ne devient exécutoire que du jour où elle a été approuvée par le préfet qui se trouve ainsi en mesure d'exercer un contrôle très efficace (art. 68 § 7 de la loi du 5 avril 1884) (2).

Là s'arrête le rôle de l'organe délibérant de la commune. C'est au maire, chargé, nous le savons, de la police des lieux de sépulture, qu'il appartient de faire droit aux demandes des particuliers et, par suite, de désigner le terrain qui sera affecté à chacun. L'acte d'où résulte la concession est un arrêté municipal, rendu en la forme ordinaire, sous la seule signature du maire. Il constate, entre autres considérants, le versement préalable de la redevance dans la caisse municipale et doit être notifié à l'intéressé.

Bien qu'il soit dans une certaine mesure un acte de police ou, si l'on préfère, un acte d'autorité, l'arrêté dont nous nous occupons participe surtout de la nature de

(1) Pour que les concessions puissent être autorisées, il faut, en outre, que le cimetière contienne un espace suffisant pour les cas imprévus, tels qu'épidémies.

(2) S'il n'a pas été voté de tarif général dans une commune, le Conseil municipal doit se prononcer sur chaque demande de concession ; sa décision reste soumise, même dans ce cas, au contrôle du préfet.

l'acte de gestion, le maire n'étant guère ici que l'exécuteur des décisions du conseil municipal. Nous estimons, par conséquent, que, si ce dernier a déterminé les quartiers du cimetière où seront délivrées les concessions de faveur et admis en principe que chacune d'elles ne saurait dépasser une étendue *maxima*, il ne peut être passé outre (1). Nous croyons, d'autre part, que le préfet n'a pas le droit de se substituer au maire et d'accorder la concession en ses lieu et place. La jurisprudence du Conseil d'État s'est avec raison fixée en ce sens, car il ne s'agit évidemment pas d'un « acte prescrit par la loi » (2).

Le caractère d'acte de police l'emporte, au contraire, lorsque le maire répond par une fin de non recevoir à la requête des particuliers, malgré la double délibération du conseil dont nous avons parlé ci-dessus. Le recours pour excès de pouvoir nous paraît devoir être accueilli dans ce cas, toutes les fois que le refus de concession n'aura pas été inspiré par les exigences de l'intérêt général, toutes les fois qu'il constituera un détournement de pouvoir, aux termes du droit commun.

L'ordonnance du 6 décembre 1843 réglemente à nouveau dans son art. 3 la répartition de la somme versée par le concessionnaire : deux tiers reviennent à la commune, tandis que l'autre tiers doit être remis aux pauvres ou aux établissements de bienfaisance. A se sujet, se pose

(1) Le maire n'en a pas moins le droit absolu de n'accorder aucune concession dans le quartier désigné et par conséquent dans le cimetière.

(2) Vo en ce sens l'arrêt du Conseil d'État du 20 avril 1883, D. P., 1884, 3. 406, qui annule pour excès de pouvoir un arrêté préfectoral et la décision du Ministre de l'Intérieur rapportée *Journal de droit administ.*, t. XII, p. 402; *contra* Lacombe, *op. cit.*, p. 366.

une question assez délicate. La règle que nous venons de reproduire n'a-t-elle été écrite que pour les cimetières appartenant aux communes ou bien a-t-elle une portée générale? Est-elle encore applicable lorsque, par exception, le cimetière appartient à une fabrique? L'affirmative nous semble devoir être adoptée et la raison en est fort simple. La partie de la redevance qui tombe dans les caisses municipales ne représente pas, en dépit des apparences, le prix du terrain, puisque la valeur exacte de ce dernier n'entre pas en ligne de compte dans la détermination de la somme à payer. Il faut, à notre sens, considérer celle-ci comme une sorte de taxe municipale, que doivent acquitter tous ceux qui veulent pour leurs cendres un repos d'une durée supérieure à cinq ans, comme un impôt dont le législateur répartit le produit souverainement, sans s'occuper de la question de propriété (1).

Nous ne croyons pas, par conséquent, que la fabrique propriétaire puisse réclamer sur le prix de la concession même la valeur locative du terrain, ainsi que le proposent plusieurs auteurs, car ce que paye le bénéficiaire ce n'est pas, à proprement parler, l'usage du cimetière, c'est plutôt le traitement de faveur dont il va jouir, la possibilité de construire un monument, de faire creuser un caveau (2). Mais dût-on admettre ce partage, il n'en resterait pas moins acquis que le droit de consentir les concessions privilégiées appartient exclusivement à l'autorité municipale (3).

(1) Vo en ce sens Bouniols, *op. cit.*, p. 178; Chareyre, *id.*, p. 233.

(2) Vo Sebire et Carteret, *Cimetière*, n° 76; Blanche, *Sépulture*, § 2.

(3) *Contrà* Dufour, *Traité général de dr. adm.*, t. V, p. 586; Ducrocq, consultation rapportée avec un arrêt de Poitiers, 17 f. 1864, S., 1864, 2. 34.

En ayant ainsi terminé avec ces préliminaires, nous allons maintenant nous efforcer de définir le droit résultant de la concession, de dégager la nature et les effets juridiques de cette dernière. La difficulté est grande dans le silence des textes qui se placent tous au point de vue administratif, laissant ainsi libre carrière à l'imagination de l'interprète et permettant aux théories les plus diverses de se faire jour.

Remarquons cependant, avant de nous lancer dans cette étude, que le problème qui nous occupe se pose dans les mêmes termes à l'égard des diverses catégories de cimetières et doit, par conséquent, être résolu de la même manière dans toutes les hypothèses. Qu'importe, en effet, que les lieux de sépulture participent ou non à la domanialité publique, qu'importe la question de classement, puisque les quartiers réservés aux concessions de faveur peuvent parfaitement être considérés comme désaffectés ! Nous savons, d'autre part, que plusieurs décisions judiciaires et une partie de la doctrine ne déclarent incompatibles avec le caractère de dépendance du domaine public que les droits réels dont l'existence nuirait à la destination de la chose.

On soutient, dans un premier système, que les concessions privilégiées constituent une sorte de vente emportant acquisition au profit des particuliers d'un véritable droit de propriété, propriété *sui generis* assurément qui ne s'exerce que sous le contrôle et la surveillance de l'autorité municipale, propriété susceptible d'être restreinte par des clauses diverses, peut-être même temporaire, mais au demeurant aussi complète que le comporte la nature des choses. A l'appui de cette thèse, on

invoque une décision du ministre de l'Intérieur (1), aux termes de laquelle le maire « ne doit pas déplacer un monument funèbre dans un cimetière pour la rectification d'un chemin d'accès sans le consentement du propriétaire.

De ce point de départ, il résulte : 1° que l'acte de concession doit être interprété par les tribunaux judiciaires ; 2° que le concessionnaire a le droit d'agir en revendication contre quiconque tenterait de le déposséder ; 3° qu'en cas de trouble il peut actionner la commune en garantie.

Le système que nous venons d'exposer dans ses traits généraux a été brillamment défendu en doctrine par M. Ducrocq (2) ; il a été admis, à plusieurs reprises, par la jurisprudence (3) et a même été soutenu, durant quelques années, par la Régie de l'enregistrement qui cherchait à percevoir le droit proportionnel de vente (4). Nous ferons observer cependant que cette dernière a cru devoir renoncer, depuis longtemps, à une semblable prétention ; à notre sens, on ne saurait trop l'en féliciter.

Le droit issu de la concession ne présente, en effet, aucun des caractères constitutifs de la propriété, limité,

(1) V° *Bulletin du Ministère de l'Intérieur*, 1861, n° 52.

(2) V° Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. II, n° 1419, et *Traité des édifices publics*, p. 67 à 72.

(3) En ce sens arrêt du Conseil d'État du 19 mars 1863, Castangt, S., 1863, 2. 118, *Recueil des arrêts du Conseil*, p. 265, arrêt rendu sur les conclusions conformes de M. le Commissaire du gouvernement, L'Hôpital ; jugement du trib. de la Seine, 24 déc., 1856, S., 1857, 2. 338.

(4) V° Décision du Ministre des Fin., 25 pr. an XII ; instruction de la Régie, 3 janv. 1810, n° 459. — Si ce système l'emportait, logiquement l'acte de concession devrait être transcrit, art. 1^{er}, al. 1 de la loi de 1855.

comme il l'est, quant à la jouissance, puisque le bénéficiaire ne peut changer la destination du terrain concédé et se trouve obligé de lui conserver l'affectation spéciale pour laquelle il lui a été accordé, — quant à la faculté de disposer, puisque ce terrain ne peut être ni aliéné, ni affermé, ni hypothéqué, — enfin, quant à sa durée. Ce dernier point est dans le débat d'une importance capitale, aussi quelques explications nous paraissent-elles indispensables.

Sans doute, la concession peut être indéfiniment renouvelable, il se peut même qu'elle soit consentie à perpétuité, de telle sorte que la commune n'aura pas le droit de la révoquer, tant que le cimetière conservera sa destination. Mais il résulte de l'art. 5 de l'ordonnance du 6 décembre 1843 que, en cas de translation, le droit sur le terrain concédé s'évanouit *ipso facto* et que la commune reprend, après un certain laps de temps, la libre disposition de l'ancien cimetière tout entier, sans avoir besoin pour cela de recourir à l'expropriation. Elle n'est tenue que de délivrer dans le nouveau cimetière au titulaire de la concession ou à sa famille un emplacement égal en superficie à celui dont ils ont été dépossédés par simple décision administrative et de prendre à sa charge les frais d'exhumation, d'inhumation, ainsi que le transport des matériaux. Ne faut-il pas voir en ce fait la preuve incontestable que le concessionnaire n'était pas propriétaire de sa concession, qu'il avait droit à une certaine étendue de terrain plutôt qu'à un certain terrain, ce qui est évidemment la négation de toute propriété? Nous le croyons (1).

MM. Ducrocq et L'Hôpital répondent, il est vrai, à ce

(1) Vo en ce sens une longue note de M. Hauriou sous l'arrêt du Conseil d'État du 10 janv. 1890, Rodet, S., 1892, 3. 42 et suiv.

raisonnement que, loin de faire disparaître le droit auquel pouvait prétendre le concessionnaire, la translation dont nous parlons n'a d'autre effet que de déplacer ce droit et de le transférer ailleurs avec le cimetière lui-même. Quoi d'étrange, disent-ils? « Cette faculté, cette éventualité de translation, c'est ici la condition même de la propriété, condition posée par l'ordonnance de 1843, exprimée ou sous-entendue dans l'acte de concession. » — Mais précisément la question est de savoir si le droit de propriété mérite encore ce nom, lorsque les éléments qui la composent ont disparu sans retour possible (1), si la propriété peut se concevoir incessible, soumise au bon vouloir de l'administration quant à sa durée, susceptible seulement d'une affectation déterminée. MM. Ducrocq et L'Hôpital y répondent par une affirmation; nous estimons que ce n'est pas suffisant.

Peu importe, après cela, qu'une décision ministérielle ait employé une expression compromettante. Nous sommes ici dans une matière qui échappe à la compétence de l'autorité administrative, où l'opinion émise par un ministre n'a, au point de vue juridique, que la valeur d'une opinion personnelle. Il est probable, au surplus, que l'auteur de la décision ne songeait guère à trancher le grave problème dont nous poursuivons la solution et qu'il n'a employé le mot « propriétaire » que comme synonyme de titulaire ou de bénéficiaire. La doctrine de l'administra-

(1) Il y a, en effet, une différence essentielle entre le droit qui appartient aux concessionnaires et celui que l'État, les départements ou les communes possèdent sur leur domaine public. C'est que la propriété publique fait place à la propriété privée, au cas de désaffectation.

tion, en effet, a toujours été hostile à la théorie de MM. Ducrocq et l'Hôpital. Deux circulaires ministérielles, l'une du 20 juillet 1844, l'autre du 30 décembre 1843, disent en propres termes que les concessions perpétuelles « ne sont pas des actes de vente et n'emportent pas de droit réel de propriété au profit du concessionnaire ». La dernière de ces circulaires tire, remarquons-le, une importance particulière de ce fait qu'elle a été spécialement rédigée pour expliquer et compléter l'ordonnance royale du même mois.

Un second système se rallie à cette conclusion, mais n'en cherche pas moins dans un autre contrat civil, dans le louage, l'équivalent juridique des concessions privilégiées. N'y a-t-il pas, dit-on, dans l'un et l'autre cas, les mêmes éléments : une chose dont le preneur acquiert la jouissance et un prix qui doit être payé en échange? Si quelques différences peuvent être signalées entre les effets juridiques de ces deux contrats, en somme, elles ne sont pas essentielles et les relations de bailleur à locataire se conçoivent aisément modifiées de la sorte par l'accord des parties. Les concessions de faveur consenties dans les cimetières n'en restent pas moins une variété du louage, de telle sorte que, sur tous les points qui n'ont pas été prévus par le législateur de prairial ou de 1843, il faut appliquer les règles contenues dans les articles 1713 et suivants du Code civil. Les concessions perpétuelles et trentenaires doivent donc être assimilées à des baux à durée illimitée, tandis que les concessions temporaires deviennent de véritables baux à durée limitée.

Tel est le système défendu, depuis plus d'un demi-siècle, par l'administration de l'enregistrement qui a profité de cette assimilation pour réclamer dans la première hypo-

thèse, en vertu de l'art. 69 § 7, n° 2, de la loi du 22 frimaire an VII, un droit de 4 p. 100 et dans la seconde un droit de 0.20 p. 100, conformément à l'art 1^{er} de la loi du 16 juin 1824 (1). Quelques auteurs et un petit nombre de décisions judiciaires ont favorablement accueilli les prétentions de la Régie (2).

Nous estimons, quant à nous, avec l'immense majorité de la doctrine qu'il existe entre le louage des choses et les concessions privilégiées des différences trop profondes, pour que l'on puisse en faire aussi facilement abstraction. Qu'on lise, en effet, les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer ou aux baux à ferme et l'on ne tardera pas à s'apercevoir, en les comparant à l'ordonnance de 1843, que, malgré les apparences, il y a entre les deux contrats un abîme qui rend inadmissible toute tentative d'assimilation.

La taxe municipale que doit acquitter le futur titulaire de la concession n'est pas payée par fractions, à intervalles périodiques, comme le suppose l'art. 1728, mais en une seule fois, avant la mise en possession. — Les droits de la commune concédante sont, d'autre part, beaucoup plus étendus que ceux d'un bailleur ordinaire : au cas de translation du cimetière, translation qu'elle n'ordonne pas, sans doute, mais qu'elle peut provoquer, cette personne morale reprend de plein droit, nous le savons, le terrain

(1) Vo notamment en ce sens une décision du Ministre des Finances du 12 mai 1846.

(2) Cf. Foucart, *Éléments de droit public*, 4^e édit., t. III, n° 1807 ; Garnier, *Répertoire général des droits d'enregistr.*, v° *Concession*, n° 3473, § 1^{er} ; tribunal d'Avranché, 4^{er} avril 1851 ; tribunal de Lyon, 4 avril 1865, S., 1866, 2. 242 ; tribunal de Clermont. Fer., 5 fév. 1867, S., 1867, 3. 63 et la note.

concédié à charge d'en fournir un autre de même étendue (1). — Ceux des particuliers sont, en revanche, singulièrement restreints : tandis que le preneur a le droit de sous-louer ou de céder son bail, si cette faculté ne lui a pas été expressément retirée, le concessionnaire ne peut disposer de sa concession que par testament et au profit des seules personnes désignées par l'ordonnance de 1843 (2). — La doctrine et la jurisprudence admettent, enfin, que le droit issu de la concession n'a pas de valeur appréciable en argent et, par conséquent, ne doit pas être compris dans la masse de l'hérédité pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve, solution fort logique si l'on songe que le concessionnaire n'est pas inspiré par une idée de spéculation et ne poursuit pas un avantage matériel.

Dès lors, comment rapprocher deux choses aussi profondément dissemblables par leurs effets, deux choses n'ayant pas plus de points de contact que le louage et la concession ?

Dans un troisième système qui rallie les suffrages de la plupart des auteurs et paraît être, dans l'état actuel des choses, celui de la jurisprudence, on reconnaît avec nous que les concessions privilégiées ne présentent ni les caractères constitutifs de la vente, ni ceux du louage et l'on s'efforce de démontrer que le concessionnaire acquiert moins qu'un droit de propriété et plus qu'un droit personnel. Nous entendons désigner par là un droit réel

(1) Avons-nous besoin de dire que nous nous plaçons dans l'hypothèse normale, celle où la commune est propriétaire du terrain ?

(2) Nous supposons évidemment que la concession n'est pas personnelle.

d'une nature particulière, qui, aux termes de l'article 5 de l'ordonnance de 1843, fait place à un droit de créance contre la commune dans l'hypothèse d'une translation de cimetière (1).

Un raisonnement ingénieux sert de base à cette théorie. De même, dit-on, que le droit du concessionnaire ne change pas de nature, selon qu'il s'agit d'une concession perpétuelle ou d'une concession temporaire, de même il n'y a entre les trois sortes de concessions privilégiées et la concession gratuite de cinq ans qu'une différence de durée. En réalité, les particuliers n'obtiennent de la commune qu'une prolongation du repos que la loi assure à tout homme indistinctement et une garantie de durée pour les monuments funéraires qu'ils font édifier, en un mot, une prolongation du droit accordé à tous par le décret de prairial. Or, ce n'est, dans ce cas, ni un droit de propriété, ni un droit de créance. Dès lors, une conclusion apparaît comme seule logique : c'est que dans toutes les concessions il y a un droit réel *sui generis*.

Les circulaires ministérielles du 20 juillet 1881 et du 30 décembre 1843 ne permettent pas, ajoute-t-on, de mettre en doute l'exactitude de cette solution. Elles nous apprennent, en effet, que la concession perpétuelle emporte « un droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative ». Or, s'il en est ainsi pour cette dernière, à plus forte raison, doit-il en être de même pour les autres.

(1) Cf. en ce sens Bonduel, thèse, p. 249 et suiv. ; Chareyre, *id.*, p. 2 et suiv. ; Davenne, *Régime des communes*, p. 307 ; Gaudry, *Traité du domaine*, t. III, p. 23 ; Lacombe, thèse, p. 350 et suiv. ; Simonet, *op. cit.*, n° 4016 ; Smith, *Administration communale*, n° 248 et suiv.

La thèse que nous venons de développer est séduisante. Elle triomphe, nous le savons, en doctrine et en jurisprudence ; elle s'appuie très légitimement sur des textes qui, pour n'avoir pas force législative, n'en jouissent pas moins d'une autorité incontestable. Ce n'est cependant pas la théorie à laquelle nous croyons devoir nous rallier.

Les circulaires ministérielles de 1844 et de 1843 nous paraissent avoir faussement interprété le décret de prairial et l'ordonnance royale du 6 décembre. Sans raison suffisante, sans y être autorisées, en aucune manière, par la lettre et par l'esprit de ces deux textes, elles leur ont prêté un système en contradiction absolue avec les principes (1).

Le raisonnement à l'aide duquel nous allons échafauder notre démonstration est en partie emprunté à celui de nos adversaires. Comme eux, en effet, nous estimons que la concession gratuite de cinq ans est la concession type, que c'est toujours à elle qu'il faut se référer en notre matière, car les autres ne sont que celle-là prolongée. Par conséquent, si nous parvenons à établir que dans ce cas là il n'y a pas de droit réel, nous aurons prouvé, sans qu'il soit besoin d'un autre argument, que les concessions privilégiées n'en confèrent pas davantage.

Ainsi que l'a fait très judicieusement observer, l'un des principaux partisans de la théorie que nous défendons, M. Hauriou, la société, en assurant à tout homme qui meurt dans son sein une sépulture honorable, n'obéit pas à des considérations individuelles (2). Elle ne se préoccupe

(1) Puisqu'elles n'ont pas force législative, le mal est facilement réparable, il n'y a qu'à ne pas en tenir compte.

(2) Hauriou, note précitée, S., 1892. 3. 43. Cf. aussi dans le même

point de conférer au décédé ou plutôt à sa famille un droit, un avantage quelconque « elle agit par mesure de police dans un but de salubrité et de décence publiques. » Un tel acte peut-il dans ces conditions donner naissance à un droit sur le terrain concédé, à un droit réel ? La négative s'impose. Nos adversaires affirment cependant le contraire, mais c'est, croyons-nous, parce qu'ils n'ont pas suffisamment envisagé cet aspect de la question.

Pour nous qui classons dans le domaine public la presque totalité des cimetières et estimons, d'autre part, que les choses publiques sont insusceptibles de tout droit réel, conforme ou non à leur destination, nous ne saurions admettre qu'à titre exceptionnel l'opinion de MM. Gaudry et Davenne en ce qui touche les concessions gratuites. Or, il n'y a aucune bonne raison de penser qu'une dérogation doive être apportée à la règle en notre matière, bien au contraire.

Nous voilà donc autorisés à conclure que la concession de cinq ans et aussi les concessions payantes n'emportent aucun droit réel au profit des particuliers. Quelques explications supplémentaires au sujet de ces dernières, nous paraissent néanmoins indispensables. Ici encore, il convient de distinguer, selon que le cimetière appartient à une commune ou à une fabrique.

Dans la première hypothèse les concessions privilégiées, pour quelque durée qu'elles soient consenties, se composent d'une concession sur le domaine public qui ne confère par elle-même qu'une possession précaire et

sens le *Précis de droit adm.* du même auteur, 3^e éd., p. 679 ; Weiss à son cours ; Wodon, *Traité de la possession et des actions possessoires*, t. II.

d'une convention accessoire par laquelle la commune s'engage pour quinze ans, pour trente ans ou à perpétuité à fournir un terrain d'égale superficie. La situation du concessionnaire apparaît donc, au point de vue juridique, comme assez complexe. Malgré toutes les conventions accessoires, ce dernier n'en reste pas moins un simple possesseur et, qui plus est, un possesseur précaire. Cela est intéressant à signaler, car il en découle les conséquences suivantes : son droit sur la chose est purement mobilier ; il ne peut intenter qu'une action possessoire contre les tiers qui tenteraient d'apporter un trouble à sa jouissance, sans invoquer eux-mêmes une concession ; il se verrait opposer l'exception de domanialité qui est infrangible, s'il avait recours à cette action dans ses rapports avec la personne morale concédante. Est-il donc complètement désarmé ? Faut-il de tous points l'assimiler à un précairiste ? Nullement et ici apparaît l'utilité de cette convention accessoire dont nous avons déjà parlé. Si la commune viole l'engagement contracté par elle en considération de l'argent versé, si elle vient à rompre le lien de droit par lequel elle a renoncé d'avance à sa liberté d'action, le concessionnaire lésé et après lui sa famille peuvent intenter, de ce chef, une action en indemnité qui est du ressort des tribunaux judiciaires. Sans doute, la concession est un acte administratif qui échappe par sa nature même à la compétence des tribunaux ordinaires, mais ici ce n'est pas elle qui est en jeu, on n'a ni à l'interpréter, ni à examiner sa validité, il s'agit uniquement de la convention accessoire. Or, bien que cette dernière soit étroitement liée à l'acte de concession, elle en est séparable et doit en être séparée. Les développements fournis sur ce sujet par M. Hauriou, dans la savante dissertation

à laquelle nous nous sommes plusieurs fois référés, nous dispensent d'insister davantage (1).

En résumé, dans le système que nous croyons devoir adopter, la commune se trouve liée envers le concessionnaire un peu à la façon d'un bailleur (2). Elle promet de fournir, pendant un certain temps, dans le cimetière municipal, un terrain d'une étendue déterminée et cette obligation est sanctionnée par une action en justice. Le concessionnaire n'a pas de droit réel sur la chose concédée; il n'a même pas droit à un terrain spécialement déterminé, mais plutôt à une certaine étendue de terrain, et c'est pour ce motif que la commune ne viole pas ses engagements en déplaçant la concession de l'ancien cimetière dans le nouveau. Notre système est donc pleinement conforme sinon aux circulaires ministérielles de 1844 et de 1843, du moins aux textes législatifs.

Pour en avoir terminé avec cette étude, il nous reste à résoudre une dernière question, à répondre à un dernier argument de nos adversaires. Est-il vrai, comme ils l'affirment, que la théorie du droit réel offre des garanties plus sérieuses aux concessionnaires?

On s'aperçoit bien vite, à la réflexion, que les critiques formulées à cet égard ne reposent sur aucun fondement. Quelle que soit la solution à laquelle il se faille rallier, la nôtre ou celle de MM. Cazalens, Davenne et Gaudry, l'intérêt des particuliers est également sauvegardé, car, dans l'une et l'autre hypothèse, la concession reste transmissible aux héritiers ou successeurs et pratiquement irré-

(1) V^o note précitée, S., p. 42.

(2) Cf. en ce sens jugement du tribunal de Coutances, 9 décembre 1846, D. P., 1847, 3. 206.

vocable (1). Il est vrai que dans notre système le concessionnaire n'a pas, pour se défendre contre les empiètements des tiers, l'action en revendication, mais, en revanche, la prescription sera impossible, tandis qu'il faudrait l'admettre avec la théorie adverse.

Au surplus, la réalité du droit, surtout s'il s'agit d'une concession perpétuelle, présente au point de vue de l'intérêt général de graves inconvénients qui disparaissent si l'on admet notre solution. Il en est ainsi, notamment lorsque la famille du concessionnaire vient à s'éteindre et toutes les fois qu'il devient nécessaire de tracer à l'intérieur du cimetière dans la partie réservée aux concessions privilégiées une allée nouvelle. Nous ne faisons que signaler ces deux ordres d'idées et pour plus de détails nous renvoyons au travail de M. Hauriou (2).

(1) En fait, l'action en indemnité réprime aussi énergiquement les atteintes portées à la concession qu'une action en garantie. Il serait facile d'ailleurs de mettre l'engagement pris par la commune sous la garantie de l'autorité supérieure.

(2) Note précitée, p. 44.

CONCLUSION

Nous nous sommes efforcés, dans cette étude, de dégager les principes généraux qui président au classement domanial des édifices publics et de mettre en lumière leur condition juridique, en demandant tour à tour à l'histoire, au bon sens et aux textes la solution du problème. Notre conclusion tient tout entière en deux règles que nous devons rappeler, elle se résume en deux propositions déjà présentées sous une autre forme et pleinement justifiées par nos développements antérieurs.

Tout édifice national, départemental, communal ou colonial, régulièrement affecté à un service public, constitue une dépendance du domaine public de la personne morale dont il est la propriété. A l'inverse, tout autre édifice, même appartenant à l'une de ces personnes morales qui font partie intégrante de l'organisation administrative de la France, sous le nom générique d'établissements publics, même affecté à l'utilité publique entendue dans le sens que comporte ici cette expression, reste soumis à l'empire de la propriété privée.

La première de ces propositions apparaît comme la conséquence nécessaire de l'assimilation que le législateur de 1804 a établie entre l'affectation à un service public et la destination à l'usage de tous. On ne saurait en contester l'exactitude absolue, s'il est vrai que les

art. 538 et 540 du Code civil aient, à tous égards, la même nature, une valeur égale et que tous les termes de l'énumération contenue dans chacun de ces deux textes doivent être mis sur le même pied. Or, cela résulte, nous l'avons démontré, de l'évolution du domaine pendant la période intermédiaire des travaux préparatoires du Code et de la lettre de l'article 540.

Nous avons établi également, durant le cours de ce travail, que le classement des édifices nationaux, départementaux ou communaux dans le domaine public se justifie sans peine au point de vue rationnel et qu'il offre seul, quoi qu'on en ait dit, l'avantage d'assurer complètement la conservation de ces derniers, avantage précieux si l'on songe à la grande valeur patrimoniale de cette fraction de la fortune publique et à l'importance des services que l'intérêt général est en droit d'en attendre (1).

On nous objectera, peut-être, avec M. Ducrocq, après avoir placé la question sur le terrain économique, que nous aggravons par notre critérium domanial les dangers de la mainmorte, au mépris des principes les plus élémentaires de la science, que nous enlevons au commerce, sans y être suffisamment autorisé par les textes législatifs, une masse énorme de biens, en étendant outre mesure un privilège tout exceptionnel et de droit étroit (2).

(1) Il résulte de tableaux parus dans le *Bulletin de statistique du ministère des finances* de décembre 1878, p. 369, que les immeubles de l'État affectés à des services publics atteignaient une valeur approximative de deux milliards deux cents millions à la fin de 1877. En fait, les tableaux ne mentionnaient guère que des édifices; il faut observer, d'autre part, que les édifices trop difficiles à évaluer, comme certains palais, les cathédrales, etc., n'ont pas été estimés et, par conséquent, ne sont pas compris dans les deux milliards.

(2) V^o Ducrocq, *Traité des édifices publics*, p. 125.

Nous répondrons que le reproche n'est pas fondé, l'indisponibilité absolue qui frappe toute dépendance du domaine public prenant fin avec l'affectation de la chose à l'utilité publique et, par conséquent, avec l'inaliénabilité de fait. Pratiquement, la domanialité publique n'a d'autre effet, nous le savons, que de rendre impossibles l'acquisition d'une servitude par prescription et l'application de l'article 661. Cela vaut-il encore la peine d'évoquer le spectre de la mainmorte et de parler d'un péril économique ? Vraiment, nous ne le croyons pas.

Notre seconde règle est plus critiquable ; elle constituera, peut-être, aux yeux de certains, le point faible de la théorie que nous défendons. Il est hors de doute, en effet, qu'elle se justifie difficilement en logique pure. On s'explique mal pourquoi la même affectation domaniale produit des résultats différents, selon que la chose qui en est l'objet appartient, par exemple, à une commune ou à un établissement public comme une fabrique, car, malgré quelques variantes, ce sont des personnes morales de même nature, également membres de l'État et ayant une délégation des pouvoirs publics de ce dernier. Tout cela est certain, mais, si nous avons formulé notre seconde proposition, ce n'est pas qu'elle nous ait semblé la solution la plus logique, c'est parce qu'elle nous a paru commandée par les conceptions domaniales du législateur de 1804. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

Nous remarquerons seulement que la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique fournit un précieux argument d'analogie à notre système, en refusant aux établissements publics le droit de recourir à ce mode d'acquisition, sans doute parce qu'il suppose l'exercice de la puissance publique.

Il est à croire que le législateur moderne comprendra que la notion de l'établissement public demande à être élargie, qu'il n'y a aucune bonne raison permettant de leur refuser un domaine public. Cette réforme qui accomplirait une œuvre utile de décentralisation administrative est à souhaiter ; il est cependant à craindre qu'elle ne soit pas réalisée de longtemps.

Vu : le Doyen,
GLASSON.

Vu : le Président,
WEISS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	1
CHAPITRE PRELIMINAIRE. — Intérêt de la question	8
HISTORIQUE.	21
Section I. — <i>Grèce</i>	24
Section II. — <i>Rome</i>	25
§ 1. — Des res divini juris.	26
§ 2. — Des choses publiques.	33
Section III. — <i>Ancien droit français</i>	61
§ 1. — Domaine de l'État ou de la couronne.	62
§ 2. — Domainé municipal, églises et cimetières.	76
Section IV. — <i>Période intermédiaire</i>	92
CHAP. I. — Nature du domaine public	117
§ 1. — Intérêt de la question.	119
§ 2. — Exposé du système qui nie l'existence d'un droit de propriété.	127
§ 3. — Exposé du système qui affirme l'existence du droit de propriété.	139
§ 4. — Discussion et conclusion.	149

CHAP. II. — Critérium de la domanialité publique . . .	168
§ 1. — Système de M. Ducrocq	171
§ 2. — Système qui voit le critérium de la domanialité publique dans l'affectation à l'usage public	191
§ 3. — Système de M. Gaudry	204
§ 4. — Système qui place le critérium de la domanialité publique dans l'affectation à l'utilité publique	208
CHAP. III. — Application du critérium aux édifices publics	249
Section I. — Formes de l'affectation et de la désaffectation	251
§ 1. — Édifices nationaux	251
§ 2. — Édifices départementaux	254
§ 3. — Édifices communaux	255
Section II. — Édifices se rattachant au domaine public	256
§ 1. — Édifices appartenant à l'État	256
§ 2. — Édifices appartenant aux départements	264
§ 3. — Édifices appartenant aux communes	266
Appendice	272
CHAP. IV. — Des églises	273
Section I. — Propriété des églises	275
§ 1. — Propriété des églises cathédrales et métropolitaines	276
§ 2. — Propriété des églises paroissiales	277
Section II. — Du caractère domaniale des églises	301
§ 1. — Églises appartenant à l'État et aux communes	301
§ 2. — Églises appartenant aux fabriques	314
Appendice	320

CHAP. V. — Des cimetières	326
Section I. — Propriété des cimetières.	328
Section II. — Domanialité des cimetières	336
<i>a)</i> Cimetières appartenant aux communes	343
<i>b)</i> Cimetières appartenant aux fabriques	351
Section III. — Des concessions privilégiées.	354
Conclusion	371
Bibliographie.	...

Le Mans. — Association ouvrière (MAUBOUSSIN, FOUIDON et cie), 5 rue du Port-Épie.
